

Der echte Vertrag zugunsten Dritter als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich der Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

**vorgelegt von
Jürgen Hörstmann
aus Dinklage
1983**

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554825_0015

DER ECHTE VERTRAG ZUGUNSTEN DRITTER ALS
RECHTSGESCHÄFT ZUR ÜBERTRAGUNG EINER
FORDERUNG

Ein Beitrag zur Dogmatik des echten Vertrages
zugunsten Dritter

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Jürgen Hörstmann
aus Dinklage
1983



1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Frank
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Kupisch
Dekan:	Prof. Dr. Harms

Tag der mündlichen Prüfung: 10.12.1982

Inhaltsverzeichnis

Seite

Abkürzungsverzeichnis.....	VII
Literaturverzeichnis.....	XI
Einleitung.....	1
1. Teil: Dogmatische Einordnung des VzGD als Rechts-	
geschäft zur Übertragung einer Forderung.....	5
A. Meinungsstand zur Rechtsnatur des VzGD.....	5
I. Rechtsnatur des gleichzeitigen VzGD.....	5
1. Meinungsstand vor Inkrafttreten des BGB.....	5
2. Meinungsstand zur Zeit des Inkrafttretens des	
BGB und unmittelbar danach.....	7
3. Meinungsstand heute.....	13
a. Der gleichzeitige VzGD als zweiseitiges	
Rechtsgeschäft.....	14
b. Der gleichzeitige VzGD als unselbständiger	
Schuldvertragstyp.....	15
c. Abgrenzung des gleichzeitigen VzGD zu	
anderen Rechtsinstituten.....	15
d. Der gleichzeitige VzGD als schuldrecht-	
liches Verpflichtungsgeschäft.....	18
e. Der gleichzeitige VzGD als kausales und	
abstraktes Rechtsgeschäft.....	20
f. Der gleichzeitige VzGD als originärer	
Rechtserwerb des Dritten.....	26
II. Rechtsnatur des nachträglichen VzGD.....	35
1. Rechtsprechung.....	35
2. Schrifttum.....	43
B. Der gleichzeitige VzGD als Rechtsgeschäft zur Über-	
tragung einer Forderung.....	50
I. Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung	
einer Forderung.....	50
II. Einzelrechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD..	51

1. Notwendigkeit der Aufspaltung in einen be-.... gründenden und einen zuordnenden Teil.....	52
2. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB.....	58
a. "Unmittelbar" in § 328 Abs.1, 329 u. § 330 S. 1 BGB.....	58
b. "Erwirbt" in § 328 Abs. 1 BGB und "entste- hen" in § 328 Abs. 2 BGB.....	64
c. "Vertrag" in §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB	65
3. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem Willen der Verfasser des BGB.....	66
4. Fehlende Normierung der Rechtsnachfolge.....	74
5. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem Normzweck der §§ 328 ff BGB.....	76
6. Annahme einer Rechtsnachfolge trotz fehlenden Forderungsrechtes beim VE.....	79
7. Fehlende Identität des an sich beim VE eintre- tenden Rechtes mit dem Recht des Dritten.....	88
8. Vereinbarkeit der Annahme einer Verfügung mit dem Fehlen eines Rechtes beim VE.....	91
9. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit den praktischen Ergebnissen eines originären Erwerbes.....	93
10. Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge aus einem Vergleich zur Abtretung.....	95
11. Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge aus der systematischen Stellung der §§ 328 ff BGB.....	97
C. Der nachträgliche VzGD als Rechtsgeschäft zur Über- tragung einer Forderung.....	99
I. Der nachträgliche VzGD als Novation zugunsten eines Dritten.....	99
II. Der nachträgliche VzGD als Übertragung zGD.....	101
III. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem Wort- laut der §§ 328 ff BGB.....	104
1. "Unmittelbar" in § 328 Abs. 1, 329 u. § 330 S. 1 BGB.....	104

2. "Vertrag in §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB....	104
--	-----

D. Der vorzeitige VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung.....	106
--	-----

1. Besonderheit der Vorausabtretung.....	108
--	-----

2. Der vorzeitige VzGD als notwendige Ergänzung der Vorausabtretung.....	109
--	-----

E. Zusammenfassendes Ergebnis zur dogmatischen Einordnung des VzGD in das System des BGB.....	111
---	-----

I. Begriff des VzGD.....	111
--------------------------	-----

II. Der VzGD als Verfügung.....	111
---------------------------------	-----

III. Der VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung.....	113
---	-----

2. Teil: Überprüfung der wesentlichsten aus dem originären Rechtserwerb abgeleiteten Ergebnisse.....	114
--	-----

A. Anwendbarkeit von erbrechtlichen Vorschriften auf einen VzGD i.S. v. § 331 BGB.....	115
--	-----

I. Darstellung des Meinungsstandes.....	116
---	-----

1. Herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung.....	116
---	-----

a. Begründungen der Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß.....	119
---	-----

b. Begründungen der Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften.....	121
---	-----

2. Auffassung von der Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften.....	124
---	-----

3. Auffassung von der Anwendung der erbrechtlichen Sachvorschriften.....	126
--	-----

II. Methodisches Vorgehen bei der Frage der Anwendbarkeit von erbrechtlichen Vorschriften auf den VzGD auf den Todesfall.....	130
---	-----

III. Geltung des § 2301 BGB bei einem VzGD auf den Todesfall.....	134
---	-----

1. Der VzGD i.S. v. § 331 BGB als Schenkungsversprechen von Todes wegen.....	134
--	-----

2. Der VzGD i.S. v. § 331 BGB als vollzogenes Schenkungsversprechen von Todes wegen.....	140
--	-----

a. Annahme des "Vollzuges" trotz Widerruflichkeit der Verfügung.....	141
aa. Darstellung des Meinungsstandes.....	142
bb. Lösung der Streitfrage durch Auslegung des § 2301 Abs. 2 BGB.....	145
b. Differenzierung der Annahme des "Vollzuges" nach der Art der Verfügung.....	152
c. Annahme des "Vollzuges" trotz fehlenden Schenkungsvertrages.....	153
d. Differenzierung der Annahme des "Vollzuges" nach dem Schenkungsgegenstand.....	159
IV. Regelungslücke des § 2301 BGB wegen Wertungswiderspruches zu erbrechtlichen Vorschriften.....	164
1. Wertungswiderspruch zu den Formvorschriften...	165
2. Wertungswiderspruch zu den Sachvorschriften...	167
a. Benachteiligung der Rechte der Nachlaßgläubiger.....	167
b. Benachteiligung der Rechte der Pflichtteilsberechtigten.....	169
B. Rechte der Nachlaßgläubiger und Pflichtteilsberechtigten bei einem Lebensversicherungsvertrag.....	176
I. Darstellung des Meinungsstandes.....	177
II. Stellungnahme.....	181
C. Verfügungen des VE über die Forderung des Dritten...	186
I. Der Widerruf als Tatbestandsmerkmal einer Verfügung des VE nach Abschluß eines VzGD.....	188
II. Schlußfolgerungen aus der Entbehrlichkeit des Widerrufs.....	193
1. Allgemeines.....	193
2. Pfändung und Verpfändung beim Lebensversicherungsvertrag.....	196
a. Pfändung und Verpfändung nach widerruflicher Bezugsbezeichnung.....	197
b. Pfändung und Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme nach unwiderruflicher Bezugsbezeichnung.....	200

aa. Begründung aus dem Zusammenfallen von "sofortigem" und "unwiderruf- lichem" Erwerb.....	201
bb. Fehlende Verfügungsbefugnis des VE in- folge der unwiderruflichen Bezugsbe- zeichnung.....	204
c. Pfändung und Verpfändung des Anspruchs auf den Rückkaufswert nach unwiderruflicher Be- zugsbezeichnung.....	206
D. Zulässigkeit von Verfügungen zgD.....	212
I. Darstellung des Meinungsstandes.....	213
II. Zulässigkeit der Verfügungen zgD im Wege einer Rechtsanalogie zu den §§ 267, 414 u. 423 BGB.....	216
III. Zulässigkeit von Verfügungen zgD aus einer Ge- setzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB.....	217
1. Regelungslücke.....	218
2. Analoge Anwendung des § 328 Abs. 1 BGB.....	222
a. Übertragbarkeit des Rechtsgedankens von § 328 Abs. 1 BGB auf die übrigen Verfügungen	222
b. Bedenken gegen dingliche Verfügungen zgD wegen des Publizitätserfordernisses.....	229
c. Anforderungen an die Rechtsposition des Ver- tragspartners des Rechtsinhabers.....	235
IV. Zulässigkeit von einseitigen Verfügungen des Rechtsinhabers zugunsten des Erwerbers.....	238
1. Teleologische Reduktion des § 328 Abs. 1 BGB bezüglich des Merkmals "Vertrag".....	239
a. Entbehrlichkeit eines "Vertrages" beim nach- träglichen und vorzeitigen Vzgd.....	240
b. Erfordernis eines "Vertrages" aus dem Ver- tragsprinzip.....	241
c. Erfordernis eines "Vertrages" wegen der Be- dingungsfeindlichkeit der einseitigen Rechts- geschäfte.....	243
d. Erfordernis eines "Vertrages" aus § 332 BGB	243

e. Erfordernis eines "Vertrages" aus den für Verfügungen geltenden Prinzipien.....	244
f. Erfordernis eines "Vertrages" aus einem Vergleich zur Abtretung.....	246
2. Anerkennung eines einseitigen Rechtsgeschäf- tes bei den übrigen Verfügungen.....	247
E. Ergebnis zum 2. Teil.....	249

Abkürzungsverzeichnis

AA	=	anderer Ansicht
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis, (Zeitschrift; zitiert nach Band und Seite)
aE	=	am Ende
ALB	=	Allgemeine Versicherungsbedingungen der Lebensversicherungsgesellschaften
AnfG	=	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechts- handlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 20. 5. 1898 (RGrB. S. 277)
Anm.	=	Anmerkung
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArchBR	=	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
AT	=	Allgemeiner Teil
Aufl.	=	Auflage
BAGE	=	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	=	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGrB. S. 195)
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR	=	Bürgerliches Recht
BT	=	Besonderer Teil
bzw.	=	beziehungsweise
d.h.	=	das heißt
Diss.	=	Dissertation
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	=	Deutsche Notarzeitung
Einl.	=	Einleitung
ErbStG	=	Erbschaftssteuer und Schenkungssteuergesetz vom 17. 4. 1974 (BGBI I S. 933)

VIII

FamR	=	Familienrecht
FamRZ	=	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Zeitschrift)
f;ff	=	folgend (e)
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift; Festgabe
GruchotsB	=	Gruchots Beiträge (Zeitschrift)
HansRGZ	=	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
h.M.	=	herrschende Meinung
HRR	=	höchstrichterliche Rechtsprechung (Zeitschrift)
i.S.d.	=	im Sinne des
i.S.v.	=	im Sinne von
JherJb	=	Jherings Jahrbuch für die Rechtsdogmatik des bürgerlichen Rechts (Zeitschrift, zitiert nach Band und Seite)
JR	=	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JurA	=	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	=	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	=	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	=	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	=	Kammergericht
KO	=	Konkursordnung vom 20. 5. 1898 (RGBl. S. 351)
KTS	=	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LAG	=	Landesarbeitsgericht (mit Ortsnamen)
LG	=	Landgericht (mit Ortsnamen)
LM	=	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
1.Sp.	=	linke Spalte
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
M.m.	=	Mindermeinung
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	=	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
o.V.	=	ohne Vorname

RdNr.	=	Randnummer(n)
Recht	=	Das Recht (Zeitschrift)
RG	=	Reichsgericht
RGBl	=	Reichsgesetzblatt
RGZ	=	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfl	=	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
r. Sp.	=	rechte Spalte
Rspr	=	Rechtsprechung
S	=	Seite
SaR	=	Sachenrecht
SchR	=	Schuldrecht
SeuffA	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Zeitschrift, zitiert nach Band und Nummer)
s.O.	=	siehe oben
sog.	=	sogenannte(r)
Sp.	=	Spalte
u	=	und
u.U.	=	unter Umständen
VE	=	Versprechensempfänger
VerlG	=	Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. 6. 1901 (RGBl I S. 63)
VersR	=	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Zeitschrift)
vgl	=	vergleiche
VS	=	Versprechender
VVG	=	Versicherungsvertragsgesetz vom 30. 5. 1908 (RGBl S. 263)
VzGD	=	echter Vertrag zugunsten Dritter
Warn Rspr	=	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneier (zitiert nach Band und Nummer)
WM	=	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (zitiert nach Band und Seite)
zit	=	zitiert

z.T.	=	zum Teil
ZPO	=	Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12. 9. 1950 (RGBl I.S. 533)
ZVersW	=	Zeitschrift für die gesamte Versicherungs- wissenschaft

Literaturverzeichnis

- Aberer, Horst Können nach heutigem Recht Verfügungen von Todes wegen ohne Beobachtung der im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Formvorschriften getroffen werden?
Diss. Köln 1929
- Ahlefeldt, Friedrich von Der Vertrag zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung der Rspr.
Diss. Heidelberg 1938
- Appel, Werner Das Problem der sachenrechtlichen Verträge zugunsten Dritter.
Diss. Freiburg 1957
- Asmus, Werner Die Rechte Dritter gegen den Versicherer.
ZVersW 1970, 49 ff
- Bähr, O. Über die sog. Verträge zu Gunsten Dritter.
JherJb 6, 131 ff
Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme.
AcP 67, 157 ff
- Bartholomeyczik, Horst Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein. Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht. Nr.21.
Tübingen 1942
zit: Erbeinsetzung
Die Verfügung von Todes wegen zur Bestimmung, zur Änderung und zum Widerruf der Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag.
Festgabe für v.Lübtow, 729 ff
Berlin 1970
zit: FS für v.Lübtow
- Bartholomeyczik, Horst-
Schlüter, Wilfried Erbrecht. Ein Studienbuch.
11.Aufl. München 1980
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts.
11.Aufl. München 1980
- Baxmann, Otto Die Bedeutung des Innenverhältnisses zwischen Versprechensempfänger und Drittem beim Verträge zugunsten Dritter.
Diss. Göttingen 1935
- Behrend, Richard Lebensversicherung und Gläubiger.
III. Der Konkurs des Versicherungsnehmers.
LZ 1908, Sp.125 ff
- Beitzke, Günther Familienrecht. Ein Studienbuch.
21.Aufl. München 1980
- Beneke, o.V. Hypothekenbestellung durch Vertrag zugunsten Dritter.
DRiZ 1929, 147 ff

- Berkowitz, Horst Ein Beitrag zur Interessenverteilung,
zum Interessenkonflikte und zum Interes-
senausgleich in der Lebensversicherung.
Diss. Göttingen 1919
- Blomeyer, Arwed Schuldrecht. Allgemeiner Teil.
4. Aufl. Berlin u. Frankfurt 1969

Der unbestimmte Gläubiger.
Festschrift für Ernst Rabel, Bd.I.
Tübingen 1954, 307 ff
zit: FS für Rabel
- Boehmer, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsord-
nung. II. Bd. 2. Abteilung.
Tübingen 1952
zit: Grundlagen II 2
- Böhle-Stamschräder, A. Konkursordnung. Kommentar.
12. Aufl. München 1976
- Bökelmann, E. Anm. zum Urteil des BGH vom 30.10.1974.
JR 1975, 243
- Borgmann, Erwin Die Lebensversicherung zugunsten Dritter
als Kreditmittel, insbesondere der Wider-
ruf der Bezugsberechtigung.
Diss. Köln 1935
- Breetzke, Bernhard Die Zulässigkeit des Vertrages zugunsten
Dritter von Todes wegen.
Diss. Greifswald 1924
- Breit, Max Magnus Versprechen der Leistung an Dritte als
Schuldvertrag.
Diss. Leipzig 1914
- Bretschneider, Friedrich Das Versprechen der Leistung an einen
Dritten.
Diss. Leipzig 1912
- Brox, Hans Erbrecht.
7. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1981
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buchs.
5. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1981
zit: AT
- Bruck, E.-
Dörstling, TH. Das Recht des Lebensversicherungsver-
trages.
2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
- Bruns, Viktor Besitzerwerb durch Interessenvertreter.
Tübingen 1910
- Bühler, Martin Die Rechtsprechung des BGH zur Dritt-
begünstigung im Todesfall.
NJW 1976, 1727 f

- Bürkner, Ernst Die Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag.
Diss. Göttingen 1907
Unwiderrufliche Begünstigung in der Lebensversicherung.
LZ 1910, Sp. 841 ff
- Büsselberg, Wolfgang Anm. zu der Entscheidung des BGH vom 29.1.64.
NJW 1964, 1952 f
- Busch, F.B. Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zugunsten Dritter.
Heidelberg 1860
- Canaris, Claus Wilhelm Handelsgesetzbuch. Großkommentar. Band 3. Halbband 2. §§ 352 - 372.
3. Aufl. Berlin-New York 1978
- Damrau, Jürgen Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall. Ein Überblick über den Meinungsstand.
Jura 1970, 716 ff
- Danz, Erich Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht.
Leipzig 1886
Lebensversicherung "zugunsten des Erben".
Recht 1905, 89 ff
- Dernburg, Heinrich Pandekten. 2. Band. Obligationenrecht. 6. Aufl. Berlin 1900
- Dette, Paul Anordnung des letzten Willens in einem Verträge zugunsten eines Dritten von Todes wegen.
Diss. Erlangen 1936.
- Dölle, Hans Familienrecht. Band I.
Karlsruhe 1964
- Dorow, Georg Letztwillige Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (§ 2301 und § 331 BGB).
Diss. Marburg 1939
- Draeger, Max Haben bei der Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten die Nachlaßgläubiger einen Zugriff auf die Versicherungssumme?
Diss. Greifswald 1909
- Ebel, Friedrich Berichtigung, transactio und Vergleich. Untersuchungen zu Schuldversprechen und Vergleichsvertrag des Zivilrechts.
Tübingen 1978

- Eckhardt, Walter Der dingliche Vertrag zu Rechten Dritter.
Diss. Marburg
- Eckstein, Ernst Zur Auslegung des § 331 BGB. Zugleich
ein Beitrag zur Lehre von den Verträgen
auf Leistung an Dritte, insbesondere
Lebensversicherungsverträgen auf den
Todesfall.
GruchotsB 55, 751 ff
- Egert, Hans Die Rechtsbedingung im System des bür-
gerlichen Rechts.
Berlin 1974
- Ehrenberg, Victor Wichtige Probleme des Lebensversiche-
rungsrechts.
JherJb 41, 241 ff
- Ehrenzweig, Albert Deutsches (Österreichisches) Versiche-
rungsvertragsrecht.
Wien 1952
- Enneccerus, Ludwig-
Lehmann, Heinrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
2. Band: Recht der Schuldverhältnisse.
15. Aufl. Tübingen 1958
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch.
1. Band
7. Aufl. Münster 1981
2. Band
7. Aufl. Münster 1981
zit: Erman-Bearbeiter
- Esser, Josef Möglichkeiten und Grenzen des dogmati-
schen Denkens im modernen Zivilrecht.
AcP 172, 98 ff
- Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer
Teil.
2. Aufl. Karlsruhe 1960
zit: 2. Aufl.
- Schuldrecht. Band I. Allgemeiner Teil.
3. Aufl. Karlsruhe 1968
zit: 3. Aufl.
- Schuldrecht. Bd. 1 - Allgemeiner Teil.
4. Aufl. Karlsruhe 1970
zit: 4. Aufl.
- Esser, Josef-
Schmidt, Eike Schuldrecht: Band 1. Allgemeiner Teil.
Teilband 2.
5. Aufl. Heidelberg-Karlsruhe 1976
zit: SchR AT I 2
- Ettlinger, Rosi Das mandatum post mortem.
Diss. Hamburg 1933
- Ewers, Heinz Werner Der Vertrag zugunsten eines Dritten in
dem Anwendungsfalle des § 332 Abs. 1 BGE
Ein Rechtsgeschäft auf den Todesfall
ohne erbrechtlichen Inhalt.
Diss. Erlangen 1934

- Ewald, Otto Der Rückerwerb des Nichtberechtigten.
JherJb 76, 233 ff
- Eylenburg, Richard Die Rechte des Versprechensempfängers
aus Verträgen auf Leistung an Dritte.
Diss. Breslau 1909
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft.
3. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1979
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht.
6. Aufl. Berlin-New York 1976
- Finger, Peter Der Vertrag zugunsten Dritter auf den
Todesfall.
Diss. Frankfurt 1968
- Der Vertrag zugunsten Dritter auf den
Todesfall.- BGHZ 46, 198.
JuS 1969, 309 ff
- Die Formfrage beim Vertrag zugunsten
Dritter auf den Todesfall.
WM 1970, 374 ff
- Anm. zum Urteil des KG vom 10. 11. 1969.
NJW 1970, 954 f
- Anm. zum Urteil des KG vom 29. 4. 1971
und der Anm. zu dem Urteil von Walther
in NJW 1971, 2311.
NJW 1972, 497 f
- Fleminger, Fritz Dingliche Verträge zu Rechten Dritter.
Diss. Marburg 1931
- Freitag, Erwin Verträge zugunsten Dritter mit ding-
licher Wirkung.
Diss. Erlangen 1935
- Fricke, Gerhard Das Verhältnis der Verträge nach § 331
BGB zu den Verfügungen von Todes wegen
unter besonderer Berücksichtigung des
Lebensversicherungsvertrages und des
Depotvertrages zugunsten Dritter.
Leipzig 1934
- Gareis, Karl Die Verträge zugunsten Dritter histo-
risch und dogmatisch dargestellt.
Würzburg 1873
- Cast, Ellen Obligatorische Verträge zu Rechten
Dritter?
Diss. Marburg 1933
- Geginat, Kurt Die Grenzen der sogenannten Privatauto-
nomie bei dem berechtigenden Vertrag zu-
gunsten Dritter.
Diss. Heidelberg 1936

- Geister, Paul Liegt bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter eine Verfügung von Todes wegen oder eine Schenkung unter Lebenden vor?
Diss. Greifswald 1905
- Georgi, Rudolf Verträge zu Gunsten Dritter. Ihre geschichtliche Entwicklung in der neueren Doktrin und Gesetzgebung und ihre Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Diss. Tübingen 1900
- Georgiades, Apostolos Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht.
2. Aufl. Karlsruhe 1968
- Gerhard, o.V. Anm. zum Urteil des RG vom 22. 3. 1932.
JW 1932, 2519 f
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts.
3. Aufl. München 1980
zit: FamR
- Bürgerliches Recht. Ein systematischer Leitfaden in 50 Übersichten.
Tübingen 1976
zit: BR
- v. Gierke, Otto Max Der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter nach deutschem und ausländischem Recht.
Stuttgart 1936
- Giger, Hans Das Schicksal des Rechts beim Subjektwechsel unter besonderer Berücksichtigung der Erbfolgekonzeption.
Band I.
Zürich 1973
- Gilbert, o.V. Zur Zwangsvollstreckung in den Lebensversicherungsanspruch.
DR 1941, 2356 ff
- Glaum, o.V. Gehört die Lebensversicherungssumme zum Nachlaß des Versicherten?
Diss. Erlangen 1897
- Gößmann, Alexander Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten bei der Lebensversicherung auf den Todesfall.
ZVersW 1909, 139 ff u. 331 ff
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht.
6. Aufl. Göttingen 1980
- Gottschalk, Joachim Zum Wesen des Rechtserwerbs beim Vertrag zugunsten Dritter.
VersR 1976, 797 ff

- Gottschalk, Alfred Das Recht des Pfandgläubigers zur Kündigung des Lebensversicherungsvertrages.
HansRGZ 1929, Teil A, Sp. 665 ff
- Griesche, Kurt Verträge zu Gunsten Dritter. Bedeutung und Geltung in Rechtslehre und Praxis.
Diss. Göttingen 1926
- Grünmann, Paul Die Verträge zu Rechten Dritter auf den Todesfall, insbesondere in ihrem Verhältnis zu den Gläubigern des Versprechensempfängers.
Diss. Leipzig 1935
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts. 7. Kapitel. Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis.
Frankfurt 1972
- Haas, Joachim Die Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter.
Diss. Würzburg 1974
- Haas, Walter Zuwendungen von Todes wegen durch Vertrag zu Rechten Dritter.
Diss. Marburg 1929
- Hadding, Walther Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter.
Tübingen 1970

Zur Auslegung des § 335 BGB.
AcP 171, 403 ff
- Haegele, Karl Lebensversicherung im Konkurs, Vergleich und Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens.
Rpfl 1969, 156 ff

Anm. zum Beschluß des LG Augsburg v. 17. 9. 1965.
Rpfl 1965, 371
- Hagen, Otto Anm. zum Urteil des Reichsgerichts v. 12. 3. 1934.
JW 1934, 1409 f

Lebensversicherungsfragen im Lichte neuerer Gesetzgebungen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung.
ZVersW 1933, 325 ff
- Hager, Günter Neuere Tendenzen beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. FS für von Caemmerer zum 70. Geburtstag.
Tübingen 1978, 127 ff
- Hamelbeck, Bernhard Schenkungsanfechtung in der Lebensversicherung.
NJW 1965, 955

Harder, Manfred

Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall.
Berlin 1968

Das Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall.
Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.
FamRZ 1976, 418 ff

Anm. zum Urteil des BGH v. 4. 2. 1976.
FamRZ 1976, 617 ff

Harder, Manfred-
Welter, Reinhard

Drittbegünstigung im Todesfall durch
Insichgeschäft.
NJW 1977, 1139 ff

Harms, Wolfgang

Wiederholungs- und Vertiefungskurs
Sachenrecht.
3. Aufl. Frankfurt 1979

Hartmann, Fritz

Der Vertrag zu Rechten Dritter in Abgrenzung gegenüber ähnlichen Rechtsformen.
Diss. Marburg 1935

Haymann, Franz

Anm. zum Urteil des RG vom 25.11.1932.
JW 1933, 771 ff

Heck, Philipp

Grundriß des Schuldrechts.
Tübingen 1929

Grundriß des Sachenrechts.
Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930.
Aalen 1960
zit: SaR

Anm. zum Urteil des RG vom 22. 3. 1932.
JW 1932, 2517 ff

Heemann, Artur

Der dingliche Vertrag zugunsten Dritter.
Diss. Göttingen 1927

Heilmann, Hans

Widerruflichkeit und Unwiderruflichkeit
der Rechtsstellung des Begünstigten in
der Kapitallebensversicherung unter be-
sonderer Berücksichtigung des § 166
Satz 1 VVG.
ZVersW 1936, 71 ff

Kann der Gläubiger bei der Arrestpfän-
dung des Anspruchs auf die Versicherungs-
summe die Begünstigung widerrufen?
ZVersW 1938, 164 ff

Zur Lehre vom ursprünglichen Rechtser-
werb bei dem Verträge zugunsten Dritter.
ZHR 113, 87 ff

Zur Lehre vom Vertrag zugunsten Dritter.
ZHR 114, 15 ff

Der Vertrag zugunsten Dritter
ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft.
NJW 1968, 1853 ff

Zur Lehre vom Verträge zugunsten Dritter.
Eine kritische Besprechung der 10./11.
Auflage des Kommentars von Staudinger.
MDR 1969, 431 ff

Der Vertrag zugunsten Dritter im
Insolvenzrecht.
KTS 1972, 14 ff

Die Begünstigung in der Kapitallebens-
versicherung.
VersR 1972, 997 ff

Zur Rechtslage des schenkungshalber
Begünstigten bei dem Verträge zugunsten
Dritter (Begünstigung), insbesondere
bei der Kapitallebensversicherung.
VersR 1980, 516 ff

Hellwig, Konrad

Die Verträge auf Leistung an Dritte
nach Deutschem Reichsrecht unter beson-
derer Berücksichtigung des Handelsge-
setzbuches.
Leipzig 1889

Herrmann, Elke

Vollzug von Schenkungen nach § 518 II BGB.
Diss. Hamburg 1978

Hinz, Manfred

Bankverträge zugunsten Dritter auf den
Todesfall.
JuS 1965, 299 ff

Hirsch, Ernst E.

Die Anfechtung der Schuldübernahme,
ihre Voraussetzungen und Wirkungen.
JR 1960, 291 ff

Hirtsiefer, Wilhelm

Unterschied zwischen echten und unechten
Verträgen zu Gunsten Dritter unter Be-
rücksichtigung der Rechtssprechung des
Reichsgerichts.
Diss. Köln 1935

Höhn, Reinhard

Allgemeines Schuldrecht.
Berlin 1934

Hölscher, Ernst

Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes
wegen.
Diss. Köln 1931

Hofmann, Werner

Zum Erwerb einzelner Gegenstände durch
einen Ehegatten für das Gesamtgut der
Gütergemeinschaft.
FamRZ 1972, 117 ff

Hoffmann, Karl-Heinz

Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes
wegen. Eine Erbeinsetzung im Valuta-
verhältnis.
AcP 158, 178 ff

- Hohner, Georg Subjektlose Rechte, unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession. Bielefeld 1969
- Holl, Joseph Die Verträge zu Gunsten Dritter nach dem Deutschen BGB. Diss. Erlangen 1899
- Huber, Ulrich Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung. Jura 1970, 784 ff
- Jaeger, Ernst Konkursordnung mit Einführungsgesetzen. Kommentar.
1. Band. §§ 1-70 KO
8. Aufl. Berlin 1958
2. Band. 2. Halbband. §§ 208-244 KO.
8. Aufl. Berlin-New York 1973
zit: Jaeger-Bearbeiter
- Jakobs, Horst Heinrich-
Schubert, Werner Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse I. §§ 241 bis 432. Berlin-New York 1978
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen München 1979
zit: Jauernig-Bearbeiter
- Johannsen, Kurt H. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiete des Erbrechts. 10. Teil. I. Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall. WM 1972, 1046 f
- Josef, Eugen Die Anfechtung der Zuwendung bei der Lebensversicherung durch den Konkursverwalter. JherJb 66, 36 ff
Versprechen der Leistung an Dritte nach dem Tode des Versprechensempfängers, insbesondere bei der Lebensversicherung. GruchotsB 57, 561 ff
- Kämper, Emil Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall unter besonderer Berücksichtigung des Valutaverhältnisses. Diss. Köln 1964
- Kegel, Gerhard Zur Schenkung von Todes wegen. Opladen 1972
- Kipp, Theodor Rezension von Dniestrzanski, Die Aufträge zugunsten Dritter. ZHR 57, 214 ff
- Kipp, Theodor-
Coing, Helmut Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Band. Erbrecht. 13. Aufl. Tübingen 1978

- Kipp, Theodor-Wolff, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Band 4. Familienrecht.
7. Aufl. Marburg 1931
- Kirchmann, Karl Wesen und Wirkung der unwiderruflichen
Bezugsberechtigung beim Lebensversi-
cherungsvertrag.
ZVersW 1913, 449 ff
- Kirschbaum, Max Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes
wegen.
Diss. Leipzig 1906
- Kisch, W. Anm. zum Urteil des RG vom 25.2.1930.
JW 1930, 3628 ff
- Gluckhohn, Wilhelm Die Verfügungen zugunsten Dritter.
München 1914
- Knoch, Armin Die Stellung des begünstigten Dritten
im Lebensversicherungsvertrag auf den
Todesfall des Versicherungsnehmers.
Diss. Heidelberg 1934
- Köster, Gisela Rechtserwerb und Kausalverhältnisse beim
Vertrag zugunsten Dritter, insbesondere
das Kausalverhältnis zwischen Verspre-
chungsempfänger und Drittem im Falle des
§ 331 Abs. 1 BGB.
Diss. Köln 1961
- Kohlbach, Johannes Rechtsgeschäfte unter Lebenden zur Er-
reichung letztwilliger Zuwendungen.
Diss. Jena 1937
- Kress, Hugo Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts.
München 1929
- Krüger, Rudolf Pfändungspfandrecht und Lebensversiche-
rung.
LZ 1912, Sp. 216 ff
- Kühlmorgen, Karl Wilhelm Die Lebensversicherungsverträge zugunsten
Dritter.
Leipzig 1927
- Kümmel, Dorothea Haftungsausschluß zugunsten Dritter.
Marburg 1968
- Kümpel, Siegfried Konto und Depot zugunsten Dritter auf
den Todesfall.
WM 1977, 1186 ff
- Kuhnle, Friedrich Die Rechtsstellung des auf die Todes-
fallsumme bezugsberechtigten Dritten in
der Personenversicherung nach dem Reichs-
gesetz über den Versicherungsvertrag
vom 30. 5. 1908.
Diss. Tübingen 1933

- Kupisch, Berthold Durchgangserwerb oder Direkterwerb?
Eine verfehlte Fragestellung zu einem
überlebten Begriff.
JZ 1976, 417 ff
- Lange, Heinrich Die Auswirkungen der Leistungsstörungen
beim echten Vertrag zugunsten Dritter
im Rechtsbereich des Dritten.
NJW 1965, 657 ff
- Lange, Heinrich-
Kuchinke, Kurt Lehrbuch des Erbrechts.
2. Aufl. München 1978
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bürger-
lichen Rechts. Ein Lehrbuch.
5. Aufl. München 1980
zit: AT
- Lehrbuch des Schuldrechts.
Erster Band. Allgemeiner Teil.
12. Aufl. München 1979
zit: SchR AT
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
4. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1979
zit: ML
- Ledermann, Walter Gehört die Lebensversicherungssumme zum
Nachlasse des Versicherungsnehmers.
Diss. Breslau 1888
- Lehmann, Heinrich Anm. zum Urteil des RG vom 23. 8. 1930.
JW 1931, 525
- Lempenau, Gerhard Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei
Übertragung künftiger Rechte.
Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968
- Leonhard, Franz Das Schuldrecht des BGB. Erster Band.
München und Leipzig 1929
- Lieseke, Rudolf Das Bankguthaben in Gesetzgebung und
Rechtsprechung.
Teil III. Verfügungen über Bankguthaben.
WM 1975, 286 ff
- Lippitz, Heinz Der Auftrag zu Gunsten Dritter von Todes
wegen.
Diss. Königsberg Pr. 1929
- von Lübtow, Ulrich Die Entwicklung des Darlehnsbegriffs im
römischen und im geltenden Recht.
Berlin 1965
zit: Darlehn
- Erbrecht. Eine systematische Darstellung
1. Halbband Berlin 1971
2. Halbband Berlin 1971
zit: Erbrecht
- Lücke, Hans Die Berechtigung bei der Lebensversi-
cherung.
Diss. Köln 1936

- Marotzke, Wolfgang Das Anwartschaftsrecht ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? Zugleich ein Beitrag zum Recht der Verfügungen. Berlin 1977
- Maß, Heinrich-Günther Die Verträge zugunsten Dritter von Todeswegen unter besonderer Berücksichtigung des Bank- und Sparkassenverkehrs. Diss. Greifswald 1925
- Mattern, o.V. Anm. zu BGH LM Nr. 2 zu § 2301
- Matthias, Bernhard Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes erster Band. 4. Aufl. Berlin 1900
- Mau, Helmuth Die Einzahlung auf ein auf fremden Namen lautendes Sparkassenbuch. Diss. Gießen 1933
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung. 9. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1979
Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht. JuS 1967, 385 ff
- Mehn, Ernst Die Bezugsberechtigung des Dritten bei der Lebensversicherung. Diss. Köln 1934
- Meincke, Jens Peter Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB. Frankfurt/Main 1973
- Melsheimer, Fritz Wie kann man über den eigenen Nachlaß verfügen auf eine andere Weise als durch Verfügung von Todes wegen? Diss. Heidelberg 1912
- Mentzel, Fritz-
Kuhn, Georg-
Uhlenbruck, Wilhelm Konkursordnung. Kommentar. 9. Aufl. München 1979
- Meusel, Günter Die Ausübung der durch §§ 325, 326 BGB gewährten Befugnisse im Fall eines Vertrages auf Leistung an einen Dritten. Diss. Breslau 1910
- Meyn, o.V. Gegenstand der Gläubigeranfechtung bei einer zu Gunsten eines bestimmten Dritten (Frau, Kinder usw.) auf den Todesfall genommenen Lebensversicherung. Recht 1906, Sp. 232 ff
- Mook, Kurt Das mandatum post portem als Vertrag zugunsten Dritter und als Verfügung von Todes wegen. Diss. Breslau 1913

- Mot. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.
Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1888
Band V. Erbrecht. Berlin und Leipzig 1888
- Müller, Heinrich Die Begünstigungsbezeichnung bei der Lebensversicherung als Verfügungsgeschäft.
Diss. Frankfurt/Main 1934
- Müller, Ulrich Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter.
Stuttgart-Berlin-Köln-Main 1969
- Müller-Freienfels, Wolfram Vertretung beim Rechtsgeschäft.
Tübingen 1955
- MünchKomm Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 1: Allgemeiner Teil. ABG-Gesetz. München 1978
Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil. München 1979
Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil. 1. Halbband. Abzahlungsgesetz. München 1980
Band 4: Sachenrecht. Wohnungseigentumsgesetz. Erbbaurechtsverordnung. München 1981
Band 5: Familienrecht, Ehegesetz. München 1978
zit: MünchKomm-Bearbeiter
- Niewiesch, Ernst Wilhelm Die Zwangsvollstreckung in die Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrag.
Diss. Hamburg 1939
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse.
Erste Abteilung. §§ 241 bis 432. 5. Aufl. Berlin 1928
Die Rechtsbedingung (condicio juris) Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre. Leipzig, Erlangen 1924
- Ossenbühl, Fritz Staatshaftungsrecht.
2. Aufl. München 1978
- Pagenkopf, Martin Zur Abtretung künftiger Forderungen.
Diss. Bonn 1978
- Palandt, Otto Kommentar zum BGB.
40. Aufl. München 1981
zit: Palandt-Bearbeiter

- Papanikolaou,
Panajotis Al. Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter: Ein Beitrag zu der Dogmatik des Vertrages zugunsten Dritter. Berlin 1977
- Papenheim,Hugo Die Verwirklichung des letzten Willens durch den Vertrag zugunsten eines Dritten von Todes wegen; seine Zulässigkeit und Grenzen. Diss. Köln 1931
- Piper,Wilhelm Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht. Diss. Breslau 1928
- Planck Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Band 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 4. Aufl. Berlin 1914
- Platner,V. Über offene und verschlossene Briefe. AcP 50, 105 ff u. 212 ff
- Plumbohm,Kurt Die rechtliche Stellung der Erben und Angehörigen bei der Lebens- und bei der Unfallversicherung. JW 1938, 349 ff
- Prölss,Jürgen-
Martin,Anton Versicherungsvertragsgesetz. Begründet von Erich R. Prölss. 22. Aufl. München 1980
- Prot. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band I. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt I, Abschnitt II, Tit.I. Berlin 1899
Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899
Band V. Erbrecht. Berlin 1899
- Regelberger,Ferdinand Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 2. Band. Leipzig 1882
Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. AcP 67, 1 ff
- Reinicke,Gerhard und
Dietrich Lebensversicherung und Nachlaßgläubiger. NJW 1956, 1063 ff

- Reinicke, Michael Die unmittelbaren Schenkungen von Todes wegen.
Diss. Münster 1979
- Reuter, Dieter Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelung - BGH NJW 1970, 1638.
JuS 1971, 289 ff
- RGRK Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes.
Band II. Teil 1. §§ 241 - 413.
12. Aufl. Berlin-New York 1976
Band IV. Teil 1. §§ 1297 - 1588.
10./11. Aufl. Berlin 1960
Band V. Teil 2. §§ 2147 - 2385.
12. Aufl. Berlin-New York 1975
- Röttemann, O. V. Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall.
NJW 1959, 661 f
- Rosenberg, Leo Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht.
DJZ 1912, Sp. 541 ff
- Rückbeil, Werner Die Stellung des Begünstigten bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter.
Diss. Marburg 1933
- Rümelin, M Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB.
AcP 97, 211 ff
- Ruppert, Peter Die Rechtsstellung des Dritten bei Leistungsstörungen im Bereich des § 328 des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Diss. Würzburg 1966
- Sachsse, Fr. Zur Pfändung von Lebensversicherungen.
Recht 1911, Sp. 410 f
- Säcker, Franz-Jürgen Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften. Eine Analyse der unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungsstrukturen.
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1970
- Sandrock, Otto Rezension zu Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall.
FamRZ 1975, 308
- Schaefer, Kurt Das Verhältnis der Verträge zugunsten Dritter zu den Verfügungen von Todes wegen.
Diss. Erlangen 1935
- Scheuerle, Wilhelm A. Das Wesen des Wesens. Studien über das sog. Wesensargument im juristischen Begründen.
AcP 163, 429 ff

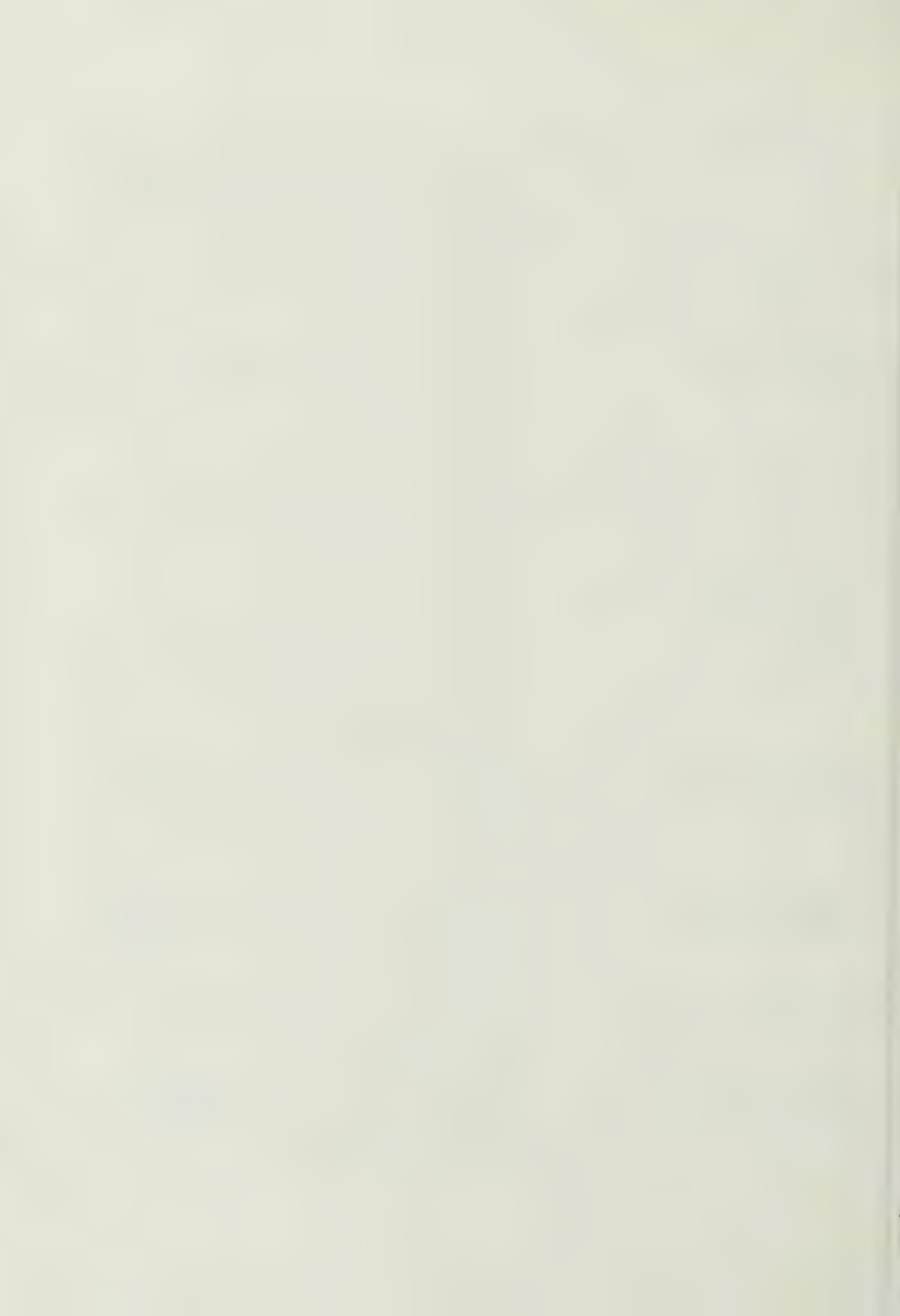
- Schindel, Jost Die erbrechtliche Stellung des durch Lebensversicherung Begünstigten.
Diss. Würzburg 1968
- Schlüter, Wilfried Familienrecht.
Heidelberg-Karlsruhe 1979
- Schmidt, Eike Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter. Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem gleichnamigen Werk von Walther Hadding.
JZ 1971, 601 ff
- Schmitz, Karl Die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung beim Lebensversicherungsvertrag auf den Todesfall.
Diss. Tübingen 1935
- Schneider, Egon Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis.
6. Aufl. München 1974
- Schönke, Adolf-
Baur, Fritz Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht.
10. Aufl. Heidelberg-Karlsruhe 1978
- Schollmeyer, Friedrich Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
2. Band. Erste Hälfte.
München 1900
- Schumann, Karl Die Schenkung von Todes wegen.
Diss. Rostock 1913
- Schwarz, Walter Der Interessenkonflikt zwischen dem Begünstigten und den Gläubigern des Versicherungsnehmers beim Lebensversicherungsvertrage zugunsten Dritter auf den eigenen Todesfall.
Diss. Erlangen 1914
- Schwela, Martin Die dinglichen Verfügungen zu Rechten Dritter.
Diss. Marburg 1929
- Selter, Casimir Dingliche Verträge zugunsten Dritter.
Diss. Köln 1936
- Serick, Rolf Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung.
Band I.
Heidelberg 1963
Band IV.
Heidelberg 1976
- Seyffferth, Eugen Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen (§ 331 Abs. 1 BGB), ein selbständiges Rechtsinstitut des BGB.
Diss. Heidelberg 1913

- Siber, Heinrich Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen.
Jherb 67, 81 ff
Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht.
Festgabe für Rudolph Sohm.
München und Leipzig 1915
zit: FS für Sohm
- Sieg, Karl Kritische Betrachtungen zum Recht der Zwangsvollstreckung in Lebensversicherungen.
FS für Klingmüller, 447 ff
Karlsruhe 1974
- Siegel, Heinrich Das Versprechen als Verpflichtungsgrund.
Berlin 1873
- Sielemann, Fritz Der Vertrag zugunsten Dritter, seine Geltungsvoraussetzungen, seine rechtliche Anerkennung und Konstruktion im geltenden deutschen, belgischen und niederländischen Recht.
Diss. Tübingen 1964
- Soergel, Th.-
Siebert, W. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 2. Schuldrecht I (§§ 241-610).
10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
Band 4. Sachenrecht (§§ 854-1296).
11. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978
Band 5. Familienrecht.
10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971
Band 6. Erbrecht.
10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974
zit: Soergel-Bearbeiter
- Spindler, Hermann von Nichterblicher Erwerb von Todes wegen.
Diss. Marburg 1935
- Stahl, Hermann Die Verträge zu Gunsten Dritter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.
Diss. Bonn 1899
- Stammler, Rudolf Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
Band 1.
Berlin 1897
- Stampe, Ernst Unsere Rechts- und Begriffsbildung.
Greifswald 1907
- Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II. Band. Recht der Schuldverhältnisse.
Teil 1 c. §§ 249 - 327.
10./11. Aufl. Berlin 1967

- Teil 1 d. §§ 328 - 432.
10./11. Aufl. Berlin 1978
IV. Band. Familienrecht.
Teil 2. §§ 1363 - 1588.
10./11. Aufl. Berlin 1970
V. Band. Erbrecht.
1. Teil. §§ 1922 - 2196.
11. Aufl. Berlin 1954
2. Teil. §§ 2197 - 2385.
10./11. Aufl. Berlin 1960
- Steinhardt, Egon Der Erlaß von Todeswegen und das
mandatum post mortem des gemeinen Rechts.
Diss. Greifswald 1915
- Stöber, Kurt Forderungspfändung. Zwangsvollstreckung
in Forderungen und andere Vermögens-
rechte.
5. Aufl. Bielefeld 1978
- Struck, Joachim Lorenz Die Verwirklichung des letzten Willens
ohne Verfügungen von Todes wegen.
Diss. Rostock 1927
- Stübler, Gotthilf Die Lebensversicherung zugunsten Dritter.
Diss. Tübingen 1906
- Süß, Georg Abtretung künftiger Ansprüche.
Ein Beitrag zum Problem der Verfügung
über künftige Rechte.
München und Berlin 1910
- Taute, Johannes Kann der durch einen Vertrag zu seinen
Gunsten von Todes wegen Bedachte mit ei-
nem Vermächtnis belastet werden?
Ein Beitrag zur Lehre des § 331 BGB.
Diss. Leipzig 1933
- Thiele, Heino Lebensversicherung und Nachlaßgläubiger.
Diss. Hamburg 1968
- Thiele, Wolfgang Wiederholungs- und Vertiefungskurs in
den Kerngebieten des Rechts.
BGB. Allgemeiner Teil. Allgemeines
Schuldrecht.
2. Aufl. Frankfurt a.M. 1978
zit: WuV AT
Schuldrecht - Besonderer Teil.
2. Aufl. Frankfurt 1979
zit: WuV BT
- Tiedtke, Klaus Grundstückserwerb von Ehegatten, in
Gütergemeinschaft.
FamRZ 1972, 370 ff
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bür-
gerlichen Rechts.
2. Band. 1. Hälfte.
München und Leipzig 1914
zit: AT II 1

- Unger, Josef Die Verträge zugunsten Dritter.
JherJb 10, 1ff
- Wächter, Carl Georg von Pandekten. II. Teil.
Leipzig 1881
- Walter, Michael Anm. zum Urteil des KG vom 29. 2. 1971.
NJW 1971, 2311
Nochmals: Übertragung des Bankguthabens
an einen Dritten auf den Todesfall des
Kontoinhabers.
NJW 1972, 1356 f
- Wapler, Hermann Hans Das Sparkassenbuch als Erbschaftsgegen-
stand.
Diss. Göttingen 1931
- Weise, Adolf Der Vertrag zu Rechten Dritter und die
Schenkung von Todes wegen.
Diss. Marburg 1916
- Wesenberg, Gerhard Verträge zugunsten Dritter. Rechtsge-
schichtliches und Rechtsvergleichendes.
Weimar 1949
- Wessels, Johannes Strafrecht. Besonderer Teil -1.
Straftaten gegen Persönlichkeits- und
Gemeinschaftswerte.
4. Aufl. Karlsruhe 1979
zit: BT-1
Strafrecht. Besonderer Teil -2.
Straftaten gegen Vermögenswerte.
3. Aufl. Karlsruhe 1979
zit: BT-2
- Westermann, Harm Peter BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil.
2. Aufl. Karlsruhe und Heidelberg 1976
zit: Schwerpunkte
- Westermann, Harry Sachenrecht. Ein Lehrbuch.
5. Aufl. Karlsruhe 1966
- Wetzel, Ruth Die bereicherungsrechtlichen Folgen
eines mangelhaften Vertrages zu Rechten
Dritter.
Diss. Tübingen 1975
- Wieacker, Franz Zur lebzeitigen Zuwendung auf den Todes-
fall.
FS für Heinrich Lehmann.
I. Band, 271 ff
Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung von Mit-
gliedschaftsrechten bei Handelsgesell-
schaften.
München und Berlin 1965

- Wienandts, Ines Eine Frage aus dem Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter.
Welche Leistung kann der Konkursverwalter im Konkurs des Versicherungsnehmers gemäß § 32 KO anfechten?
Diss. Köln 1935
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts.
2. Band.
7. Aufl. Frankfurt/Main 1891
- Windscheid, Bernhard-
Kipp, Theodor Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band.
8. Aufl. Frankfurt/Main 1900
- Winter, Gerrit Die Rechte Dritter gegen den Versicherer.
3. Lebensversicherung.
ZVersW 1970, 39 ff
- Wolf, Ernst Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Band.
Besonderer Teil.
Köln-Berlin-Bonn-München 1978
- Wolf, Manfred Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation.
JuS 1975, 643 ff
- Wolff, Martin-
Raiser, Ludwig Sachenrecht. Ein Lehrbuch.
10. Aufl. Tübingen 1957
- Wüster, Wilhelm Entwicklungsgang des Unterschiedes zwischen Vertrag zugunsten Dritter und Stellvertretung, insbesondere im Namen Dritter, vom römischen Recht bis auf die heutige Zeit.
Diss. Jena 1906
- Wussow, Hans-Joachim Schenkungsanfechtung in der Lebensversicherung.
NJW 1964, 1259 ff.
- Zehner, Günter Versicherungssumme und Nachlaßinteressen.
AcP 153, 424 ff
- Zeigner, Erich Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse.
ZVersW 1913, 480 ff
- Zersch, Wilhelm Wie unterscheiden sich im Namen eines Dritten geschlossene Verträge von solchen zugunsten eines Dritten?
Diss. Jena 1901
- Zweigert, Konrad "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute.
Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag. Band II.
Tübingen 1969, 493 ff



Einleitung

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter, der auch als berechtigender Vertrag zugunsten Dritter oder als Vertrag zu Rechten Dritter bezeichnet wird,¹ erhält ein an einem Vertrag nicht Beteiligter einen eigenen Leistungsanspruch i.S.v. § 241 BGB. Im Gegensatz dazu erwirbt der Dritte beim unechten oder ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter keinen Anspruch, sondern der Versprechende wird lediglich ermächtigt, an den Dritten zu leisten. Die Abgrenzung zwischen dem echten und unechten Vertrag zugunsten Dritter ist unter Umständen schwierig, und das Gesetz hat daher in §§ 328 Abs. 2, 329, 330 BGB für die wichtigsten Fälle Auslegungsregeln geschaffen. Da der Dritte beim unechten Vertrag zugunsten Dritter nur faktisch begünstigt wird, ergeben sich dabei keine dogmatischen Besonderheiten.² Gegenstand der vorliegenden Untersuchung der dogmatischen Einordnung ist daher nur der echte Vertrag zugunsten Dritter (VzGD).

Beim VzGD erhält der Dritte ohne Annahme oder eine sonstige Mitwirkungshandlung einen Leistungsanspruch. Diese Besonderheit brachten die Verfasser des BGB mit dem Wort "unmittelbar" in § 328 Abs. 1 BGB zum Ausdruck.³ Die fehlende Beteiligung des Dritten am Rechtserwerb ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 305 BGB, wonach Rechte und Pflichten aus einem Vertrag gewöhnlich nur zwischen den Vertragsparteien entstehen.⁴ Damit dem Dritten der Anspruch aber nicht aufgedrängt wird, erhält er als Ausgleich für seine fehlende Beteiligung ein Ablehnungsrecht (§ 333 BGB).

In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, wie der Rechtserwerb des Dritten dogmatisch zu erklären und das

1 vgl. Hellwig 43; Hadding AcP 171, 403, 404.

2 so Münch Komm- Gottwald § 328 RdNr. 5.

3 Mot. II 268; Prot. I 752.

4 vgl. Erman-H.P. Westermann vor § 328 RdNr. 1.

Rechtsgeschäft zwischen dem Versprechensempfänger (VE) und dem Versprechenden (VS) in das System des BGB einzuordnen ist. Dabei soll im ersten Teil bewiesen werden, daß der Rechtserwerb im Gegensatz zur Auffassung der h.M. kein originärer, sondern ein vom VE abgeleiteter ist, und daß der VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung und damit als Verfügung zu qualifizieren ist.

Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick vielleicht überraschend, da man beim VzGD vor allem an den Fall denkt, daß zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem VE und dem VS eine Forderung noch nicht bestand, sondern erstmalig durch den Vertragsschluß begründet wird. Beispiel: Verkäufer (VE) und Käufer (VS) schließen einen Kaufvertrag und vereinbaren zugleich, daß der Kaufpreisanspruch einem Dritten zustehen soll.

Bei dieser Art des VzGD, die wegen des zeitlichen Zusammenfallens des Entstehens der Forderung und der Drittbegünstigungsabrede als gleichzeitiger VzGD bezeichnet werden soll¹, liegt es nahe, mit der h.M. das Recht von vornherein dem Dritten zuzuordnen und einen ursprünglichen, originären Rechtserwerb anzunehmen. Konsequenz ist dann weiter die Qualifizierung als Verpflichtungsgeschäft.

Problematisch erscheint diese systematische Einordnung der h.M. aber, wenn ein VzGD über eine bestehende Forderung des VE gegen den VS geschlossen wird². Beispiel: Ein Bankkunde (VE) ist seit mehreren Jahren Inhaber einer Sparkassenforderung. Er vereinbart mit seiner Bank (VS), daß die Forderung ab sofort einem Dritten zustehen soll.

¹ Diese Unterscheidung der Anwendungsfälle der Verträge zGD ist zwar bisher noch nicht vorgenommen worden, aber wegen der unterschiedlichen Behandlung des gleichzeitigen und des nachträglichen VzGD in Literatur und Rechtsprechung und wegen der sich noch im Laufe der Untersuchung zeigenden rechtlichen Unterschiede geboten.

² bereits 1899 hat Hellwig (S.46) ausgeführt, daß dieser Fall wenig beachtet sei.

Da der Zeitpunkt der Drittbegünstigungsabrede später liegt als der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung, soll diese Art nachträglicher VzGD genannt werden. Unter der Voraussetzung, daß das Recht des Dritten identisch ist mit dem des VE, kommt man nicht umhin, beim nachträglichen VzGD einen abgeleiteten, derivativen Erwerb und eine Rechtsübertragung und Rechtsnachfolge anzunehmen. Daß dieses Ergebnis richtig ist, und auch beim gleichzeitigen VzGD eine Rechtsnachfolge vorliegt, soll zunächst nachgewiesen werden (1. Teil, A, B, C).

Neben diesen beiden Arten von VzGD ist eine weitere zu unterscheiden, die ebenfalls als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung zu qualifizieren ist (1. Teil, D). Bei dieser Art erfolgt die Vereinbarung zugunsten des Dritten vor dem Entstehen der Forderung. Beispiel:

Ein Baustofflieferant (VE) vereinbart mit seinem Abnehmer (VS), daß der bei einer in 3 Wochen erfolgenden Lieferung entstehende Kaufpreisanspruch bereits zum Zeitpunkt der Lieferung, also mit dem Entstehen, einem Dritten zustehen soll.

Diese Art soll, weil die Drittbegünstigungsabrede zeitlich vor dem Entstehen der Forderung erfolgt, als vorzeitiger VzGD bezeichnet werden.

Im 2. Teil der Arbeit werden dann die wichtigsten praktischen Ergebnisse und Schlußfolgerungen, die sich für die h.M. aus ihrer systematischen Einordnung ergeben haben, ausgehend von Qualifizierung des VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung auf ihre Richtigkeit überprüft. Dabei wird sich zeigen, daß die h.M. beim VzGD auf den Todesfall zu Recht kein Erbrecht im Verhältnis des VE und dem Dritten (sog. Valutaverhältnis) anwendet. Dogmatisch befriedigend läßt sich dieses Ergebnis aber nur begründen, wenn man beim VzGD auf den Todesfall "Vollzug" i.S.v. § 230 I Abs. 2 BGB annimmt, was eine Qualifizierung des VzGD als Verfügung voraussetzt (2. Teil, A)

Zu von der h.M. abweichenden Ergebnissen gelangt man bei der Behandlung der Rechte von Nachlaßgläubigern und Pflichtteilsberechtigten des VE bezüglich eines Lebensversicherungsvertrages. Die h.M. schränkt diese Rechte zu Unrecht ein (2.Teil,B).

Bei der Frage, welche Anforderungen an eine Verfügung des VE zu stellen sind, wenn der VE sich bei Abschluß eines VzGD eine solche Verfügung vorbehalten hat (vgl. §§ 328 Abs. 2, 332 BGB), wird sich ergeben, daß im Gegensatz zur Auffassung der h.M. ein Widerruf als zusätzliches Tatbestandsmerkmal nicht erforderlich ist. Diese Erkenntnis hat insbesondere Auswirkungen auf die Pfändung und Verpfändung beim Lebensversicherungsvertrag (2.Teil,C).

Im letzten Teil (2.Teil,D) soll die Zulässigkeit von rechtsgeschäftlichen Verfügungen zGD über den VzGD hinaus untersucht werden. Diese Zulässigkeit wird von der h.M. zu Unrecht verneint.

Dabei wird sich zeigen, daß nicht nur eine Einigung des Rechtsinhabers mit einer vom Rechtsgeschäft nicht betroffenen Person zugunsten des Erwerbers zulässig ist, sondern sogar ein einseitiges Rechtsgeschäft des Verfügenden zugunsten des Erwerbers.¹

¹ so bereits MünchKomm-Roth § 398 RdNr. 10.

1. Teil: Dogmatische Einordnung des VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung

A. Meinungsstand zur Rechtsnatur des VzGD

Bei der Wiedergabe des Meinungsstandes sollen zunächst die verschiedenen Meinungen zur dogmatischen Einordnung des gleichzeitigen VzGD dargestellt werden, da die Verfasser des BGB nur an diesen gedacht haben und sich auch in der Literatur und Rechtssprechung hauptsächlich dazu Erörterungen finden lassen. Danach soll dann der Meinungsstand zum nachträglichen VzGD wiedergegeben werden. An die Möglichkeit eines vorzeitigen VzGD ist bisher noch nicht gedacht worden.

I. Rechtsnatur des gleichzeitigen VzGD

1. Meinungsstand vor Inkrafttreten des BGB

Bereits im gemeinen Recht gab es verschiedene rechtliche Konstruktionen, um einem am Vertragsschluß nicht beteiligten Dritten ein Forderungsrecht zuwenden zu können.¹ Bis zum Inkrafttreten des BGB lassen sich im wesentlichen 7 Theorien unterscheiden.

a. Nach der sogenannten Beitritts- oder Akzeptionstheorie war zum Rechtserwerb des Dritten immer ein Beitritt erforderlich. Bis zu dieser Erklärung konnte das Recht des Dritten durch einen Verzicht des VE oder durch eine Vertragsänderung vereitelt werden.²

1 vgl. dazu die Darstellungen von Gareis, Wesenberg und Georgi. Zur Gesetzgebung vor dem BGB: Mot.II 266 ff.

2 so Busch 46f; v. Wächter § 190, S.390; Pufendorf u. Stryk zitiert bei Zersch 24; Beseler zitiert bei Wesenberg 127 FN 15, Zersch 24 u. Eylenburg 17.

b. Um diese Möglichkeit der Änderung auszuschließen, wurde von einer anderen Meinung der VzGD als eine bindende Kollektivofferte des VE und des Versprechenden an den Dritten angesehen.¹

c. Geringere Anforderungen an die Mitwirkungshandlung des Dritten stellte die sogenannte Aneignungstheorie. Danach versprach der VS nicht nur, Schuldner des VE, sondern auch des Dritten werden zu wollen. Der Dritte brauche das Recht nicht anzunehmen; er müsse aber irgendeine andere Aneignungshandlung vornehmen, damit ihm ein Recht nicht aufgedrängt werden könne.²

Während die drei erstgenannten Theorien eine aktive Mitwirkungshandlung des Dritten forderten, verzichteten die vier folgenden Meinungen auf eine solche.

d. Die sogenannte Kundmachungstheorie verlangte zur Rechtsentstehung eine Mitteilung des Vertragsschlusses an den Dritten entweder durch den VE oder den VS.³

e. Die sogenannte Klageermächtigungstheorie sah in der Anweisung an den Schuldner eine stillschweigende Ermächtigung des Dritten zur Klageerhebung. Diese Meinung verneinte ausdrücklich ein eigenes Forderungsrecht des Dritten und wandte sich daher auch gegen den Begriff "VzGD".⁴

1 so Grotius zitiert bei Gareis 71 u. Eylenburg 17.

2 so Platner AcP 50,212,220 f; Gareis 124 ff.

3 so Ehrenzweig 48 zitiert bei Wüster 33 u. Eylenburg 17.

4 so Bähr JherJb 6, 131, 147 u. AcP 67, 157, 170 ff.

f. Die sogenannte Ableitungs-, Durchgangs oder Zessions-theorie versuchte, den Rechtserwerb durch eine stillschweigende Zession zwischen dem VE und dem Dritten zu klären. Das Recht wurde dabei als vom VE abgeleitet angesehen.¹

g. Dagegen wandte sich die sogenannte Anwachungs- oder Kreationstheorie, die den Rechtserwerb des Dritten als einen originären betrachtete und ebenfalls auf eine Mitwirkung des Dritten verzichtete. Die Vertreter dieser Auffassung hielten den Parteiwillen für eine ausreichende Grundlage für den Rechtserwerb des Dritten.²

2. Meinungsstand zur Zeit des Inkrafttretens des BGB und unmittelbar danach

Zur Zeit des Inkrafttretens des BGB und unmittelbar danach sind verschiedene Konstruktionen entwickelt worden, um die Besonderheit des VzGD zu erklären.

a. Stammler spaltete den VzGD auf und sah in der Verpflichtung des VS einen Zusatz zu einem Schuldverhältnis. Diesen Zusatz qualifizierte er als einseitiges Rechtsgeschäft des VS, welches hier ausnahmsweise (§ 305 BGB) in besonders umgrenzter Art Rechtswirkung besitze. Stammler begründete seine Auffassung damit, daß die Existenz zweier verschiedener Schuldverhältnisse, das eine zwischen dem VE und dem VS, und das andere zwischen dem VS und dem Dritten, nur so erklärbar sei. Das Schuldverhältnis zwischen dem VE und dem VS sei ein gewöhnlicher Vertrag. Das Schuldverhältnis zwischen dem VS und dem Dritten sei ein einseitiges Schuldverhältnis,

1 so Strippelmann, Zaun und Seuffert zitiert bei Holl 16, Windscheid-Kipp 306 FN 6 u. Gareis 110.

2 Windscheid § 316 a 3; Dernburg § 18, S. 55; Gareis 241; Holl 17; Siegel 142 ff; Unger JherJb 10, 1, 60 f u. 64; Regelsberger, Endemanns Handbuch 473 u. AcP 67.1.23; Stobbe 233 zitiert bei Eysenburg 18 FN 5.

welches nicht ex lege entstehe und daher als einseitiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren sei¹. Als weitere Argumente für die Theorie Stämmers könnte man die Überschrift des dritten Titels "Versprechen der Leistung an einen Dritter" anführen² und die Tatsache, daß der Dritte berechtigt, aber nicht verpflichtet wird³. Die Auffassung von Stammler ist ganz allgemein abgelehnt worden⁴. Die Ablehnung wurde damit begründet, daß die Meinung dem Wortlaut des § 328 BGB ("durch Vertrag")⁵ und dem § 334 BGB⁶ widerspräche.

Ferner sei die künstliche Aufspaltung des VzGD in zwei Teile nicht haltbar⁷ und das Hindernis des § 111 BGB nicht überwindbar, so daß das von einem Minderjährigen abgegebene Vertragsversprechen nicht genehmigungsfähig sei⁸. Schließlich wurde auf die Stellung der §§ 328 ff BGB im Abschnitt der "Schuldverhältnisse aus Verträgen" hingewiesen⁹.

1 Stammler 171 f.

2 Bretschneider 13, AA: Hellwig 257.

3 Meusel 8.

4 Oertmann § 328 Anm.2; Schollmeyer § 328 Anm.2; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.42; Planck-Siber vor § 328 Anm.IV 2; Enneccerus-Lehmann § 34 II; Dette 13; Meusel 8; Kirschbaum 5; Breetzke 13; Fricke 7 f; Kämper 13; W. Haas 3f; Schaefer 4 f; Höhn 84; Hölscher 9; Bretschneider 13; Wapler 30f; Weise 4f; Papenheim 3; Griesche 22; Mehn 10f; Struck 24f.

5 Struck 25; Griesche 22; Papenheim 3; Dette 13.

6 Dette 13; Meusel 8; Kirschbaum 5; Weise 5; Griesche 22; Struck 25.

7 so Planck-Siber vor § 328 Anm. IV 2; Dette 13; Meusel 8; Weise 4 f.

8 so Enneccerus-Lehmann § 34 II 3 FN 3; Schollmeyer 217; Dette 13; Bretschneider 13; Struck 24; Weise 5; Breetzke 13; Stammler 175 weist selbst auf diese Schwäche seiner Theorie hin.

9 Bretschneider 13.

b. Eine ähnliche Auffassung wie Stammler vertrat Matthiaß. Er nahm wie dieser wegen der Notwendigkeit der Unterscheidung der zwei genannten Schuldverhältnisse ein einseitiges Rechtsgeschäft des VS an. Matthiaß betrachtete jedoch dieses einseitige Rechtsgeschäft nicht wie Stammler als Zusatz zu dem Vertrag, sondern als integrierenden Bestandteil. Er spaltete also zwar auch den VzGD auf, verneinte aber die materielle Selbständigkeit des einseitigen Schuldversprechens¹. Mit dieser Meinung setzte man sich entweder nicht auseinander oder man lehnte sie ebenso wie die Auffassung Stammlers ab².

c. Hellwig zerlegte den VzGD in einen Haupt- und einen Nebenvertrag. Die Leistungszusage an den Dritten komme zu einem gewöhnlichen Schuldverhältnis (sog. Hauptvertrag) hinzu und stelle eine Nebenabrede dar. Diese Nebenabrede wirke für den begünstigten Dritten wie ein einseitiges Rechtsgeschäft ähnlich einem Gesamttakt, der aber auf dem Willen vom VE und VS beruhe.

Hellwig ging zur Begründung von dem wenig beachteten Fall aus, daß ein VzGD über eine bereits bestehende Forderung geschlossen wird³. Der VzGD schaffe jetzt keine neue Verbindlichkeit, sondern bedeute nur eine Modifikation in der Art, daß jetzt an den Dritten zu leisten sei. Diese Vorstellung übertrug Hellwig dann auf

1 Matthiaß 358 ff.

2 so Oertmann § 328 Anm.2.

3 nach der Terminologie oben ein nachträglicher VzGD.

den gleichzeitigen VzGD:

"Was dort die nachträgliche, das ursprüngliche Schuldverhältnis modifizierende Vereinbarung ist, stellt sich hier dar als ein dem Hauptvertrag sofort hinzugefügter Nebenvertrag."¹

Diese Meinung ist ebenfalls überwiegend abgelehnt worden². Meistens wurde dies damit begründet, daß der VzGD eine Einheit darstelle und nicht unnötig künstlich aufgespalten werden dürfe.³ Ferner könne Hellwig nicht begründen, weshalb die Nebenabrede selbständige Bedeutung erlange. Der Rückgriff auf den Nebenvertrag schiebe nur ein unnützes Zwischenglied ein, das nichts erklären könne.⁴ Außerdem wurde auf den entgegenstehenden Willen des historischen Gesetzgebers hingewiesen.⁵ Schließlich wurde die Schlußfolgerung Hellwigs, den Nebenvertrag bei einem VzGD auf den Todesfall als Rechtsgeschäft von Todes wegen zu qualifizieren,⁶ als mit § 331 BGB unvereinbar angesehen.⁷

1 Hellwig 47 f, 67 f, 256 f.

2 zustimmend Geister 14; Hölscher 9; Melsheimer 47; Kirschbaum 6; Breit 11; Stobbe zitiert bei Kirschbaum 5; Seyffert zitiert bei Finger 41 FN; wohl auch Stübler 15; Ähnlich wie Hellwig: Rappaport zitiert bei Planck-Siber vor § 328 Anm. 2 u. Kämper 14. Ablehnend: Planck-Siber vor § 328 Anm. 2; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 43; Leonhard 349f; Dorow 30; Dette 14f u. mit Hinweis auf die ebenfalls ablehnende Meinung von Termeer; Bretschneider 14; Breetzke 14; Fricke 5f; Kämper 13; Knoch 16f; W. Haas 5; Schaefer 4; Finger 41 f; Weise 5; Papenheim 4; Griesche 22; Mehn 11f; Kuhnle 11.

3 so die in FN 2 genannten die Meinung Hellwigs ablehnenden Autoren.

4 so Finger 43.

5 so Finger 43 FN 1.

6 Hellwig 352.

7 Dette 14f; Harder 136.

d. Mook folgte Hellwigs Auffassung, soweit es sich um einen nachträglichen VzGD handelt. Beim gleichzeitigen VzGD hielt er die Konstruktion für überflüssig. Dort solle sich die Berechtigung allein aus dem Hauptvertrag ergeben.¹

Diese Meinung wurde ebenfalls abgelehnt, da eine solche Unterscheidung nicht sachgemäß sei. Beide Fälle seien in der rechtlichen Ausgestaltung so ähnlich, daß auch ihre Konstruktion einheitlich sein solle.²

e. Dniestrzanski kam durch einen Vergleich zur Stellvertretung zu dem Ergebnis, daß der VzGD als eine Unterart des Auftrages anzusehen sei:

"Der VzGD ist ein Auftrag mit realer Vermögenszuwendung an den Promittenten, der sich dafür verpflichtet, dem Dritten einen Vorteil zuzuwenden. Er ist als Auftrag ein Institut des speziellen Obligationenrechts."³ Diese Ansicht wurde abgelehnt⁴, weil der VzGD ein selbständiges Rechtsinstitut sei und jeder Vertragstyp, nicht nur der Auftrag als VzGD denkbar sei⁵.

Beim VzGD könne es sich zwar um einen Auftrag handeln, das brauche aber nicht immer so zu sein⁶. Außerdem wurde auf die Stellung des VzGD im allgemeinen Teil des Schuldrechts hingewiesen.⁷

1 Mook 21.

2 so Finger 42 mWN.

3 Dniestrzanski zitiert bei Dette 15, Kipp ZHR 57,214,218 u. Wüster 70f. Ähnlich wie Dniestrzanski wohl Termeer zitiert bei Finger 40f und bei Köster 38f.

4 so Kipp ZHR 57,214,218f; Dette 15; Wüster 70f; Schaefer 4; Mook 20; Planck-Siber vor § 328 Anm.IV; Lippitz 20; Struck 25f.

5 so Dette 15; Mook 20; Schaefer 4.

6 so Dette 15.

7 so Schaefer 4; Dette 15.

f. Schließlich wurde in diesem Zusammenhang noch die Lehre von der Gesamtgläubigerschaft aufgeführt.¹

Diese Lehre sah in dem Recht des Dritten und in dem Recht des VE nach § 335 BGB eine Gesamtgläubigerschaft.²

Diese Meinung erklärte jedoch nicht den Rechtserwerb des Dritten, sondern versuchte, das Verhältnis der beiden Forderungen zu erläutern. Abgelehnt wurde die Meinung allgemein,³ weil die Forderungen inhaltlich verschieden seien;⁴ es solle nur an einen der beiden geleistet werden, der Gläubiger sei also schon bestimmt, was gerade bei einer Gesamtgläubigerschaft nicht der Fall sei.⁵ Unhaltbar sei die Ansicht, wenn allein der Dritte forderungsberechtigt sei.⁶

Von den genannten Auffassungen hat sich keine durchsetzen können. Die h.M.⁷ hielt eine besondere juristische Konstruktion, um den Rechtserwerb des Dritten zu erklären, für entbehrlich und den § 328 Abs. 1 BGB für eine ausreichende juristische Grundlage. Eine Kapitulation vor den Schwierigkeiten, eine überzeugende

1 so z.B. von Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.44.

2 so Staudinger, 8. Aufl., vor § 328 Bem. III 3 zitiert bei Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.29; Hellwig 310 ff.

3 so Dette 13f; Meusel 10f; Kirschbaum 5; Breetzke 13f; Schaefer 5; Hölscher 8f; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.44; Baxmann 14; Stübler 16; Struck 20; Mehn 32; Ruppert 31; Weise 6; Stahl 38.

4 so Dette 14; Baxmann 14.

5 so Kirschbaum 5; Meusel 10; Hölscher 8.

6 so Breetzke 14; Kirschbaum 5.

7 Oertmann § 328 Anm.2; Planck-Siber vor § 328 Anm. IV 2; Schollmeyer § 328 Anm.2; Meusel 11f; Bretschneider 14; Breetzke 15; Schaefer 5f; Dorow 33; Dette 15; Hirtsiefer 8; Weise 5; Griesche 22; Mehn 12; Struck 28.

dogmatische Erklärung zu finden, solle der Verzicht allerdings nicht bedeuten,¹ sondern es solle genügen, daß der Gesetzgeber aufgrund der Anforderungen des Verkehrs dieses Rechtsinstitut als Ergebnis der Rechtsentwicklung anerkannt habe.² Kennzeichnend dafür ist die Aussage von Kaduk: Der VzGD bietet keine "ernstliche Denkschwierigkeit, die durch eine besondere Konstruktion überwunden werden müßte."³ Ein Gefühl des Unbehagens, das beispielsweise noch Ehrenzweig angesichts der Einordnung des VzGD in das Rechtsganze verspürte, solle dem geltenden Recht fremd sein.⁴

3. Meinungsstand heute

Auch heute noch werden Konstruktionsversuche hinsichtlich des Rechtserwerbes des Dritten für entbehrlich gehalten.⁵ Papanikolaou führt dazu sogar aus: "Daß die älteren unfruchtbaren Konstruktionsversuche, durch die die dogmatische Erklärung des Rechtserwerbs des Dritten aufgrund einer Zerlegung des Vertrages zugunsten Dritter angestrebt wurde, sich heute als Relikt eines antiquierten juristischen Denkens darstellen und nur einen historischen Wert haben, braucht kaum erwähnt zu werden."⁶ Wegen des Fehlens einer einheitlichen Konstruktion können bei der Darstellung des heutigen Meinungsstandes nur die Aussagen zu der systematischen Einordnung bezüglich der Typen der Rechtsgeschäfte und der Art des Rechtserwerbes aufgezeigt werden.

1 so Schaefer 5.

2 so Dette 15.

3 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr 44. So auch Ruppert 10.

4 so Sielemann 90.

5 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.44; Enneccerus-Lehmann § 34 II; Heck § 48,6; Sielemann 90.

6 Papanikolaou 42 f.

a. Der gleichzeitige VzGD als zweiseitiges Rechtsgeschäft

Das Recht des Dritten entsteht nicht kraft Gesetzes und ist kein dreiseitiges Rechtsgeschäft, sondern beruht auf dem Willen der beiden am Vertragsschluß Beteiligten (VS und VE)¹, Ein Beitritt oder eine sonstige Mitwirkungshandlung des Dritten ist nicht erforderlich. Der Dritte hat aber ein Ablehnungsrecht (§333 BGB), damit ihm ein Recht nicht aufgedrängt werden kann. Würde der Dritte dem Vertrag beitreten, so wäre der Vertrag gerade kein Rechtsgeschäft zugunsten eines Dritten, sondern der Dritte wäre dann selbst Vertragspartei.² Der VzGD wird daher unstreitig als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft angesehen.³ Daraus, daß der VzGD auf dem Willen des VS und VE beruht, wird gefolgert, daß maßgebend für den Umfang der Forderung des Dritten der Wille der beiden ist.⁴ Sie bestimmen, ob, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein Recht aus dem Vertrag erwirbt,⁵ und ob das Recht ohne die Zustimmung des Dritten von den Vertragsschließenden aufgehoben oder geändert werden kann (§328 Abs. 2 BGB).⁶

1 J.Haas 21; Dette 21; vgl.ferner Prot. I 752.

2 so Staudinger-Kaduk § 328 RdNr.2.

3 Wolf § 18 A II.

4 Staudinger-Kaduk § 328 RdNr.34. Dette 4 ff und 16.

5 Ruppert 6.

6 Staudinger-Kaduk § 328 RdNr.34.

b. Der gleichzeitige VzGD als unselbständiger
Schuldvertragstyp

Der VzGD ist nach allgemeiner Meinung keine selbständige Anspruchsgrundlage,¹ sondern soll eine Komplikation,² eine atypische inhaltliche Gestaltung von schuldrechtlichen Verträgen aller Art darstellen,³ deren Vorschriften stets dazugenommen werden müssen.⁴ Es gibt daher nur einen Kauf- oder Mietvertrag zGD.

Der VzGD soll auch einseitig verpflichtend sein können (Beispiel: Schenkungsversprechen; § 518 BGB), wird aber meistens ein einseitiger Vertrag sein.⁵ Ferner sollen keine Bedenken bestehen, außervertragliche Ansprüche durch nachträgliche Vereinbarung Dritten zuzuwenden.⁶

c. Abgrenzung des gleichzeitigen VzGD zu anderen
Rechtsinstituten

Bei der Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten steht vor allem das Verhältnis zur Stellvertretung und zur

1 Fikentscher § 37 III 1; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.15.

2 so Lange NJW 1965, 657.

3 so MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.15.

4 Ruppert 10.

5 Ruppert 9.

6 so MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 15 mwN.

Abtretung im Vordergrund.¹

Die Stellvertretung und der VzGD ermöglichen, die Rechtswirkungen auf einen nicht am Vertragsschluß Beteiligten zu erstrecken. Sie verstießen daher gegen den Grundsatz: "alteri stipulari nemo potest" und waren folglich im klassischen römischen Recht nicht zulässig.² Sie unterscheiden sich zunächst dadurch, daß der Vertreter im fremden und der VE im eigenen Namen handelt.³ Entscheidender ist aber, daß bei der Stellvertretung der Vertretene Vertragspartei wird. Beim VzGD dagegen wird der Dritte nur hinsichtlich eines Einzelanspruchs berechtigt, während die anderen Rechte und Pflichten dem VE verbleiben.⁴ Es wird gewissermaßen ein Gläubigerrecht vom VE abgespalten.⁵

-
- 1 Zu weiteren Abgrenzungen siehe MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.10ff; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.45ff.
 - 2 Vgl. dazu U. Müller 14ff; Wesenberg 6ff; Blomeyer § 42 II 2.
 - 3 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.54; Erman -H. P. Westermann vor § 328 RdNr.2. Vgl. auch Müller-Freienfels 26ff.
 - 4 Münch-Komm-Gottwald § 328 RdNr.8; Erman -H.P. Westermann vor § 328 RdNr.2; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.8.
 - 5 Griesche 22 f; Ruppert 18; Blomeyer § 42 VI 2; Lange NJW 1965; Kühlmorgen 78 ff. Für ein aus dem Vertragsverhältnis abgespaltenes Forderungsrecht: BGHZ 54,145,147; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.2 c; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr. 27. Für eine Aufspaltung der Parteirolle: Oertmann AcP 138,56; E.Schmidt JZ 1971, 601,606; Wetzels 35. Schließlich wird der VzGD aufgespalten in ein "Grundgeschäft" und eine "Fremdklausel": Heck § 48,1; Harder 137; v. Lübtow, Erbrecht 1232f; Köster 37.

Bei der Abtretung liegt auch eine Abspaltung des Gläubigerrechts vor. Daher wird häufig auf die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute hingewiesen.¹ Von einer M.m. wird sogar ein vom VE abgeleiteter Rechtserwerb angenommen.² Danach wären beide Institute Rechtsgeschäfte zur Übertragung einer Forderung. Die h.M. nimmt demgegenüber einen originären Erwerb an³ und sieht darin den entscheidenden Unterschied zwischen dem VzGD und der Abtretung.⁴ Gleichzeitig wird jedoch der VzGD häufig damit erklärt, daß durch die Drittbegünstigung eine Richtungsänderung der Leistungspflicht im Hinblick auf den Dritten stattfindet⁵ oder eine Abspaltung des Gläubigerrechts vorliege.

Als weitere Unterschiede werden noch aufgezählt, daß beim VzGD eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner und bei der Abtretung zwischen neuem und alten Gläubiger stattfindet,⁶ und daß beim VzGD dem VE

1 Hellwig 305; Heilmann NJW 1968,1853 ff;
Lange NJW 1965,657; Canaris,FS für Larenz 799,
834; Wetzel 35; v.Caemmerer JZ 1962,385,387;
Erman -H.P. Westermann vor § 328 RdNr.2; MünchKomm-
Gottwald § 328 RdNr.9; Lorenz AcP 168,286, 291 FN 15.

2 siehe zum Meinungsstand unten S.30 FN.5.

3 siehe zum Meinungsstand unten S.27 FN.1.

4 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.57;Soergel-R.
Schmidt vor § 328 RdNr. 5; RGRK-Ballhaus vor § 328
RdNr.3; Erman -H.P. Westermann vor § 328 RdNr.2;
MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.9; Ruppert 17 f.

5 Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 II 1; Papenheim 25;
M. Reinicke XII; Damrau JurA 1970,716,725; Dette 27;
Wetzel 20; Köster 8f; Jauernig-Vollkommer § 328
Anm.I 1. Siehe auch RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.2 (inhalt-
liche Veränderung eines Schuldverhältnisses); Münch-
Komm-Gottwald § 328 RdNr.3 (atypische inhaltliche
Gestaltung von Verträgen aller Art).

6 RGZ 66,158,161; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.58.

das Recht nach § 335 BGB zustehe.¹ Schließlich wird noch auf das Unterscheidungsmerkmal hingewiesen, daß die Abtretung ein bestehendes Recht betreffe.²

d. Der gleichzeitige VzGD als schuldrechtliches
Verpflichtungsgeschäft

Nach der h.M.³ ist der VzGD ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, da das Forderungsrecht des Dritten erstmalig in seiner Person entsteht und eine Forderungsbegründung ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft ist.⁴ Ferner wird zur Begründung auf den Wortlaut⁵, die Stellung im Gesetz ("Schuldverhältnisse")⁶ und den Titel "Versprechen der Leistung an Dritte"⁷ hingewiesen. In der Literatur wird jedoch teilweise hervorgehoben, daß der VzGD ein Zuwendungsgeschäft⁸ und daher als Verfügung im weitesten Sinne zu betrachten sei.⁹ Dazu führt jetzt K. Schmidt sogar aus, daß es sich

- 1 MünchKomm-Gottwald § 328 Rd.Nr.9; RGRK-Ballhaus vor § 328 RdNr.3; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 58; RGZ 66,158,161.
- 2 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.57f; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.9. Dem widerspricht aber die Zulässigkeit der Abtretung von künftigen Rechten und die Anerkennung eines nachträglichen VzGD.
- 3 vgl. statt aller RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6 u.9.
- 4 Staudinger-Kaduk § 328 RdNr.6.
- 5 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Wetzel 9.
- 6 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Wetzel 9.
- 7 Wetzel 9.
- 8 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.1; Westermann SaR § 3 II4; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.2 b; Heilmann ZHR 113, 87,90; Köster 2; Mau 29; Finger 39. AA: Wolf § 18 A III o.
- 9 Esser, 2. Aufl. § 88, 3; Wetzel 9.

bei der Zuwendung an den Dritten um zwei verschiedene Ebenen handele, die dem Vorstellungsbild von Verpflichtung und darauf beruhender Verfügung ähnelt.¹ In ähnlicher Weise unterscheidet Köster einen den Anspruch des VE begründenden und einen diesen Anspruch zuordnenden Teil².

Ferner wird der Einordnung teilweise³ keine große Bedeutung beigemessen. Es soll kein Wesensunterschied zwischen der Begründung und der Verfügung eines Rechtes mittels eines VzGD bestehen.

Gegen die Einordnung als Verpflichtungsgeschäft hat sich lediglich ein geringer Teil der Literatur⁴ gewendet. Als hauptsächlicher Vertreter dieser Meinung ist Heilmann zu nennen, der sich dazu in mehreren Aufsätzen⁵ geäußert hat. Er geht ähnlich wie Hellwig⁶ vom nachträglichen VzGD aus, den er wie die Abtretung als Verfügungsgeschäft ansieht. Der VzGD sei ein zu einem gewöhnlichen Schuldverhältnis hinzukommender gesonderter Vertrag. Wenn die Forderung gleichzeitig entstehe, sei das rein zufällig; der VzGD stelle dann nur eine äußerliche Verbindung mit dem Vertrag dar. Eine solche Verbindung mit dem Verträge, der die Forderung begründet, sei auch bei der Abtretung denkbar, wenn der Abtretungsempfänger dem Vertrag beitrete.⁷

1 Esser-Schmidt, SchR AT I 1, § 36 II FN 5.

2 Köster 36f.

3 Westermann SaR § 3 II 4; Köster 37;
Erman-H.P. Westermann § 328 RdNr. 3.

4 W. Haas 19, 30 u. 32; Papenheim 6; Stübler 37f;
Heilmann NJW 1968, 1853 ff.

5 Heilmann NJW 1968, 1853ff; MDR 1969, 431, 432;
KTS 1972, 14, 15; VersR 1972, 997, 1000.

6 s.o. S. 9f.

7 Heilmann NJW 1968, 1853, 1854.

Obwohl er den VzGD daher als Verfügungsgeschäft ansieht, verneint er einen abgeleiteten Erwerb des Forderungsrechtes des Dritten vom VE, weil zur Annahme eines abgeleiteten Erwerbes wegen seines Ausnahmeharakters eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers erforderlich sei.¹ Dieses erscheint insofern widersprüchlich, als ein Verfügungsgeschäft nach h.M. ein bestehendes subjektives Recht voraussetzt,² was nur bei einem abgeleiteten Erwerb denkbar ist. Wie sich diese gegensätzlichen Aussagen miteinander vereinbaren lassen, erklärt Heilmann beim gleichzeitigen VzGD nicht. Beim nachträglichen VzGD nimmt Heilmann einen Erlaßvertrag und eine gleichzeitige Neubegründung mit dem Inhalt der erlassenen Forderung an³. Dieses Rechtsgeschäft qualifiziert er ohne weitere Begründung einheitlich als Verfügungsgeschäft.⁴

e. Der gleichzeitige VzGD als kausales und abstraktes Rechtsgeschäft

Bezüglich der Kategorien "abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft" unterläßt die h.M. durchweg eine Einordnung, obwohl dieses sonst bei jedem besonderen Rechtsgeschäftstyp üblich ist. Lediglich E. Wolf und Heilmann nehmen ausdrücklich eine Einteilung vor. Während Wolf den VzGD als forderungsbegründenden und damit als kausalen Vertrag ansieht,⁵ qualifiziert Heilmann den VzGD als abstraktes Rechtsgeschäft. Für

1 Heilmann ZHR 113,87,92f; NJW 1968,1853,1856f;
MDR 1969,431,433. Ähnlich W.Haas 19.

2 Fikentscher § 14, 4 c.

3 Heilmann MDR 1969,431,433; KTS 1972,14,15.

4 Heilmann KTS 1972,14,15.

5 Wolf § 18 III.

Heilmann ist der VzGD ein neben der Abtretung stehendes Verfügungs- und daher ein abstraktes Rechtsgeschäft.¹

Die übrigen Meinungen sind sich im Grunde darüber einig, daß der VzGD sowohl ein kausales als auch ein abstraktes Rechtsgeschäft ist. Denn das Deckungsverhältnis, das Verhältnis zwischen dem VE und dem VS, soll den Rechtsgrund für die Forderung beinhalten,² und der Dritte soll bei dessen Unwirksamkeit nichts erhalten.³ Da bei einem kausalen Rechtsgeschäft der Rechtsgrund zum Inhalt des Rechtsgeschäftes gehört,⁴ kann der VzGD danach nur ein kausales Rechtsgeschäft sein. Andererseits soll das Valutaverhältnis, das Verhältnis zwischen VE und Drittem, vom Deckungsverhältnis unabhängig sein⁵ und auch einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Forderung beinhalten.⁶

Darüberhinaus wird auch die Möglichkeit anerkannt,⁷ daß ein abstraktes Schuldversprechen (§§ 780, 781 BGB)

- 1 Heilmann NJW 1968,1853,1855.
- 2 BGHZ 54,145,147; BGH DNotZ 1970, 240; Erman-H.P. Westermann vor § 328 RdNr.7; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.18; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.29.
- 3 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.21; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.28; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.31.
- 4 Palandt-Heinrichs vor § 104 Anm.3 e bb.
- 5 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.22; Grunsky 625; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.25, Dette 30; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.30; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 II; Fikentscher § 37 II 3; Larenz, SchR AT, § 17 I; Palandt-Heinrichs § 334 Anm.2.
- 6 BGHZ 54,146,156; BGH DNotZ 1970,240; Soergel- R. Schmidt vor § 328 RdNr.11.
- 7 Taute 25; Planck-Siber § 328 Anm.II 1b; Rümelin AcP 97, 211,285ff; MünchKomm-Gottwald § 334 RdNr.1; Köster 35; Hadding 10. Vgl. auch Hellwig 270 ff.

Schuldvertragstyp i.S. eines VzGD sein kann. Dann liege im Deckungsverhältnis kein kausales, sondern ein abstraktes Rechtsgeschäft vor, und der VzGD sei dann auch als abstraktes Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Nach diesen Autoren wird also die Frage, ob der VzGD ein kausales oder ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, nach der Art des Schuldvertragstyps entschieden. Regelmäßig liege aber ein kausales Rechtsgeschäft vor.¹

Die Notwendigkeit einer causa im Valutaverhältnis über die im Deckungsverhältnis vorhandene causa hinaus wird überwiegend nicht näher begründet. Das Erfordernis wird meistens damit erklärt, daß der VE mit dem Abschluß des VzGD bestimmte Zwecke verfolge, so daß für den VE bei deren Nichterreichung bzw. Nichtbestehen ein Kondiktionsanspruch besteht.² Eine Kausalvereinbarung i. S. eines Schenkungsvertrages (§516 BGB) wird jedoch teilweise bei unentgeltlichen Zuwendungen im Valutaverhältnis für entbehrlich gehalten, und zwar entweder generell³ oder nur für die Fälle VzGD auf den Todesfall (§ 331 BGB).⁴ Zum einen wird das damit begründet, daß es gegen den Sinn der §§ 328 ff BGB verstoße, einerseits zum Erwerb der Forderung auf eine Mitwirkungshandlung des Dritten zu verzichten, aber zum Behaltendürfen der Forderung eine Mitwirkung des Dritten zu fordern.⁵ Der Sinn der §§ 328 ff BGB bestehe nicht nur in der Zuwendung an einen nicht beteiligten Dritten, sondern in einer bestandskräftigen

1 Köster 35; Hadding 9f.

2 Hellwig 45; Grunsky 625; Kipp-Coing § 81 V 2 c; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 22; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr. 30; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm. 2 b; Oertmann AcP 138, 56, 57; Weise 7; Taute 21; Maß 36.

3 Köster 89; Knoch 68; Mehn 45.

4 Schindel 37; Weise 25; Maß 39; Stübler 38; Taute 34 f; und die unten S.23 FN 3 und 4. genannten Autoren.

5 Köster 87; Knoch 68; Schindel 37.

Zuwendung¹. Es soll daher nach dieser Meinung der unentgeltliche Zuwendungswille des VE i.S. eines Willensverwirklichungsgeschäfts als causa im Valutaverhältnis ausreichen.²

Zum anderen wird bei den Verträgen zgD auf den Todesfall im Valutaverhältnis ein formlos wirksames einseitiges Rechtsgeschäft des VE angenommen, auf das die erbrechtlichen Sachvorschriften anzuwenden sind, da das einseitige Rechtsgeschäft als testamentarische Sondererbfolge³ oder als vermächtnisähnliche Zuwendung von Todes wegen besonderer Art⁴ zu qualifizieren sei. Dieses einseitige Rechtsgeschäft bilde den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Forderung. Bei den Ausführungen der Vertreter dieser Auffassung wird nicht immer deutlich, ob das einseitige Rechts-

- 1 Köster 87; Harder 150 u. 156; Flume § 11, 6 c; Heilmann VersR 1980, 516, 518; Mehn 45; Taute 34.
- 2 Knoch 68; Köster 88f; Mehn 45.
- 3 Hoffmann AcP 158, 178, 198; Zehner AcP 153, 424, 451f; Heck JW 1932, 2517; W. Haas, 19; Geginat 24; Kirschbaum 25f; Finger 114f, 123 u. 130 u. JuS 1969, 309, 311f u. WM 1970, 374, 377f u. NJW 1970, 954, 955 u. NJW 1972, 497, 498.
Dagegen: Lange-Kuchinke § 31 IV 3, wobei er die Sondererbfolge für eine willkommene Lösung hält; Harder 151; Soergel-M. Wolf § 2301 RdNr. 12; Bartholomeyczik, FS für v. Lübtow 729, 741ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 3 c bb.
- 4 Harder 143 u. 151 u. FamRZ 1976, 418, 426f; Hellwig 354f; Geister 38; Grünmann 24; Griesche 30; Geginat 22f; Weise 28; v. Lübtow, Erbrecht 1253f. Wohl auch Lange-Kuchinke § 31 IV 3; Kipp-Coing § 81 V 2, soweit der VE noch kein endgültiges Opfer gebracht hat; Kümpel WM 1977, 1186, 1191f. Dagegen: Soergel-M. Wolf § 2301 RdNr. 12.

geschäft empfangsbedürftig,¹ dem VS oder dem Dritten gegenüber, ist und, ob das einseitige Rechtsgeschäft Bestandteil der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS² ist oder außerhalb dieses Rechtsgeschäftes liegt.³

Eine noch andere Auffassung vertritt in diesem Zusammenhang Fricke.⁴ Er verlangt, daß ein Bereicherungsanspruch der Erben des VE schon zu Lebzeiten bestanden haben muß, was bei einem VzGD nicht gegeben sei. Im Ergebnis scheint der Auffassung, wonach kein Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis erforderlich ist, auch das Reichsgericht in einer Entscheidung zu sein. Dort wird ausgeführt: "Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode des VE erfolgen, so erwirbt der Dritte gemäß § 331 BGB das Recht auf die Leistung mit dem Tode des VE. Er erwirbt es unmittelbar aus dem Vertrag als ein unentziehbares Recht auch ohne Kenntnis des Vertrages; sein Erwerb ist unabhängig von der Annahme der Zuwendung."⁵

Gegenüber diesen Auffassungen verlangt die h.M. jedoch ausdrücklich bei einer unentgeltlichen Zuwendung eine Schenkungsvereinbarung zwischen dem VE und dem Dritten.⁶ Dieser Vertrag wird dann auf vielfache Weise konstruiert. Bei Kenntnis des Dritten zu Lebzeiten wird ein konkludenter Vertragsschluß angenommen.⁷ Der Vertrag soll auch

-
- 1 vgl. dazu Köster 87 ff. Für die Nichtempfangsbedürftigkeit wohl Finger JuS 1969, 309, 312.
 - 2 Harder 136.
 - 3 Finger 44.
 - 4 Fricke 49.
 - 5 RGZ 88, 137, 138. Ebenso RGZ 88, 175, 177f; RGZ 106, 1, 2.
 - 6 RGZ 128, 187, 189; BGHZ 41, 95, 96f; BGHZ 46, 198, 201f; BGHZ 66, 8, 13=NJW 1976, 749, 750; BGH NJW 1975, 382, 383; Hager, FS für v.Caemmerer 127, 143ff; Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1 b.
 - 7 Köster 75; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 3 c aa; MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr. 5; Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1 b.

noch nach dem Tode des VE zustandekommen können, indem der VS als Bote oder Stellvertreter des VE das Angebot abgibt¹ (sog. postmortaler Schenkungsvertrag). Da diese Auffassung den Nachteil hat, daß die Erben die Boten- oder Vertretungsmacht widerrufen können,² wird von Bühler angenommen, daß der VE den Schenkungsvertrag mit sich als vollmachtloser Stellvertreter des Dritten schließe.³ Der Dritte brauche dann diesen Vertragsschluß nur noch zu genehmigen. Nach M. Wolf⁴ und ihm folgend Bökelmann⁵ schließen der VE und der VS im Deckungsverhältnis zusätzlich einen Schenkungsvertrag zgd, der den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Forderung bilde. Neuerdings konstruiert Heilmann im Deckungsverhältnis einen zusätzlichen Vzgd auf Nichtgeltendmachung eines Bereicherungsanspruchs. Diesen Anspruch könne der Dritte als Einrede der unzulässigen Rechtsausübung dem Bereicherungsanspruch der Erben des VE entgegenhalten.⁶ Ein solcher zusätzlicher Vzgd entspräche dem Willen des Begünstigten und dem Sinn der Zuwendung durch einen Vzgd auf den Todesfall⁷. Nach der Überwiegenden Meinung ist demnach jedenfalls ein zusätzlicher Rechtsgrund, der außerhalb der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS liegt, zum Behaltendürfen der Forderung notwendig.

1 siehe S. 24, FN 6.

2 BGH NJW 1975,382,383f; BGH WM 1976,1130; MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr.5; Jauernig-Vollkommer § 331 Anm.2 c aa.

3 Bühler NJW 1976,1727,1728. AA: Harder/Welter NJW 1977, 1139 und bereits Köster 72f.

4 Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.12.

5 Bökelmann JR 1975,243.

6 Heilmann VersR 1980,516,518.

7 Heilmann VersR 1980,516,518.

Daher müßte der VzGD sowohl ein kausales wie auch ein abstraktes Rechtsgeschäft sein. Wie es dogmatisch zu erklären ist, daß ein Rechtsgeschäft einer doppelten causa bedarf, wird von der h.M. nicht erläutert. Auch wird nur von wenigen¹ erwähnt, daß der Forderungserwerb des Dritten einer doppelten causa bedürfe. Diese Aussage wird meistens dadurch vermieden, daß man die Rechtsverhältnisse der Beteiligten aufspaltet und lediglich die Notwendigkeit jeweils eines Rechtsgrundes in jedem Verhältnis begründet.² Teilweise wird dieses auch damit erklärt, daß die Verpflichtung des VS einerseits und der Rechtserwerb des Dritten andererseits eines Rechtsgrundes bedürfe,³ oder damit, daß das Deckungsverhältnis den Rechtsgrund für die Begründung des Rechts des Dritten, das Valutaverhältnis den Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Rechts des Dritten enthalte.⁴

f. Der gleichzeitige VzGD als originärer Rechtserwerb des Dritten

Die Frage, ob der Rechtserwerb des Dritten ein vom VE abgeleiteter (derivativer)⁵ oder ein ursprünglicher

- 1 Griesche 21; Draeger 7; Weise 7; Wetzel 1; Heck § 48,3. Zimmermann, zitiert bei Draeger 7 u. Schaefer 38. AA: Harder 156; Geginat 8.
- 2 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.19ff; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.25ff; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.2; Erman-H.P.Westermann vor § 328 RdNr.5 ff; Soergel-R. Schmidt vor § 328 RdNr. 11.
- 3 Ruppert 10.
- 4 W. Thiele, WuV AT 143.
- 5 zu den Vertretern dieser Meinung siehe unten S. 30 FN 5.

(originärer)¹ ist, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Hintergrund dieses vielfach erörterten Streites ist die Frage, ob bei einem VzGD auf den Todesfall (§ 331 BGB) das dem Dritten zugewendete Recht zum Nachlaß gehört. Überwiegend wird dieses wegen des originären Erwerbes verneint. Ausgangspunkt des Streites ist, ob und wie mit der Annahme eines originären Erwerbes in Einklang zu bringen ist, daß der VE bis zu seinem Tode Gläubiger einer Forderung gegen den VS ist,² und der Dritte bis zum Tode des VE nicht mehr als eine Hoffnung auf den Rechts-erwerb besitzt.³ Denn die Annahme eines originären Erwerbes bedeutet, daß das Recht zum ersten Mal in der Person des Dritten entsteht und folglich dürfte dem VE vorher nicht das Recht, das jetzt der Dritte inne hat, zugestanden haben. Die h.M. erklärt daher den originären Erwerb teilweise damit, daß das Recht des VE erlischt und ein neues inhaltsgleiches Recht des Dritten entsteht, (sog. Novation)⁴ oder damit, daß das Recht des Dritten anders-artig, nicht mit dem Recht des VE identisch sei⁵, oder

-
- 1 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.2 u. § 330 RdNr. 13; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.57 u. § 328 RdNr.21 u. 24; Jauernig-Vollkommer § 328 Anm.II 3 a; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.3; Soergel-R.Schmidt § 328 RdNr.1; Gottschalk VersR 1976,797,802; Harder 129ff u. FamRZ 1976, 617,618 u. FamRZ 1976,418,421; Heilmann ZHR 113,87ff u. KTS 1972, 14,19 u. VersR 1972,997, 1000 u. VersR 1980,516,518 FN 17; Winter ZVersW 1970, 39,45; Kühlmorgen 80ff; Kämper 12 u.44; Köster 9; Schindel 16 f; Berkowitz 44; Ruppert 23; Lippitz 20f; Dorow 31; Wapler 31 u.44f; Weise 26; Schaefer 34; Grünmann 19 u.24; Mehn 31; Appel 68f; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 173; Müller-Freienfels 26 FN 59; Borgmann 4; Kuhnle 40.
 - 2 MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr.1; Hohner 131f.
 - 3 siehe dazu die Nachweise bei Harder 125 FN 23.
 - 4 v. Lübtow, Erbrecht 1234; Harder 135; Kämper 44,48 u. 58; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 173; Fricke 3; Heilmann MDR 1969,431,433 u. KTS 1972,14,15.
 - 5 Kühlmorgen 81f; Schindel 16f.

sogar damit, daß der VS eine Art alternativer Verpflichtung eingegangen sei.¹ Ferner gibt es noch Autoren, die lediglich ausführen, daß die zugewandte Forderung weder dem Dritten noch dem VE vorher zugestanden habe,² was das Entstehen einer subjektlosen Forderung bedeuten müßte.³

Überwiegend wird die Frage aber gar nicht näher erläutert, sondern die Rechtsentstehung beim Dritten so verstanden, daß sich das Recht des Dritten wegen des originären Erwerbes im Augenblick des Todes des VE vom Nachlaß trenne.⁴ Typisch dafür ist etwa folgende Formel: Die Forderung ist nicht Teil des Nachlasses und fällt auch nicht aus dem Vermögen des Erblassers dem Begünstigten zu. "Letzterer erhält vielmehr den bezüglichlichen Anspruch in jenem Zeitpunkte unmittelbar auf Grund des Vertrages."⁵ Damit ist das Hauptargument der h.M. die sog. Unmittelbarkeitstheorie des Reichsgerichts⁶ angesprochen. Das Reichsgericht⁷ und ihr folgend ein großer

1 Köster 12.

2 siehe die bei Harder 125 FN 23 genannten Autoren, die dem VE zwar die Verfügungsbefugnis zubilligen, aber nicht erklären, wer der Rechtsinhaber ist. Vgl. dazu Hohner 129ff.

3 Auf diese Schlußfolgerung weisen hin: Finger 71; Hoffmann AcP 158,178,186; Stübler 34f; Hohner 129ff.

4 RGZ 88,137,139; Hölscher 19; Dorow 59; W.Haas 19; Papenheim 10; Griesche 28; Weise 21; Gast 29; v.Ahlefeldt 31; Dette 24 u.33; Kämper 44; Fricke 3.

5 so RGZ 51,403,404f.

6 so Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 179; Heck JW 1932, 2517, 2518.

7 RGZ 51,403,405; RGZ 62,46,48; RGZ 71,324,327; RGZ 80, 175,177.

Teil der Literatur¹ glaubte aus dem Wort "unmittelbar" in §§ 328 Abs. 1, 329 und 330 S. 1 BGB den originären Erwerb bzw. die Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß ableiten zu können. Weiter begründet die h.M. den originären Erwerb mit den Worten "erwirbt"² und "entstehen"³ in § 328 BGB oder mit dem bloßen Hinweis auf den Wortlaut des § 328 BGB,⁴ mit der Entstehungsgeschichte⁵, mit dem Sinn des Gesetzes⁶ und damit, daß ein abgeleiteter Erwerb dem Gesetz und dem Parteiwillen widerspräche.⁷ Für Heilmann folgt der originäre Erwerb daraus, daß ein abgeleiteter Erwerb im BGB eine Ausnahme sei und daher vom Gesetz besonders zugelassen werden müsse, was beim VzGD nicht geschehen sei.⁸ Für Kämper ergibt sich bei der Annahme eines abgeleiteten Erwerbes kein Unterschied zwischen der Abtretung und dem VzGD und § 328 BGB wäre daher im Hinblick auf § 398 BGB überflüssig.⁹ Ferner wird ein abgeleiteter Erwerb deshalb abgelehnt, weil die Forderung des Dritten nicht mit einem etwaigen beim VE begründeten Recht identisch sein könne.¹⁰

1 Mehn 29; Wapler 44f; W.Haas 32; Köster 9; Weise 26; Papenheim 9, 19 u. 28; Schaefer 16; Griesche 15 u. 28; Dette 24 u.33; v.Ahlefeldt 31; Dette 24 u.33; Kämper 44; Hölscher 19; Lange-Kuchinke § 31 II 2 a; Harder FamRZ 1976,617,618; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.3; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.2; Staudinger-Kaduk § 328 RdNr. 24; Brecher 14f zitiert bei Schwarz 23; Harder 130; v. Lübtow,Erbrecht 1233; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.37; Erman-H.P. Westermann § 331 RdNr.3; Taute 14; Aberer 13; Maß 25; Borgmann 4; Struck 56; Kuhnle 40; Geister 25.

2 Wolf § 18 A III d FN 13.

3 Hoffmann AcP 158,178,191 FN 66. Dagegen Finger 73.

4 Wetzel 9.

5 Kämper 13 FN 6; Wetzel 9.

6 Köster 9.

7 Köster 11f.

8 Heilmann ZHR 113,87,92f u.NJW 1968,1853,1856f u. MDR 1969,431,433.

9 Kämper 12. Ähnlich Knoch 37 u. Harder FamRZ 1976,418,421.

10 Schindel 16f; Kühlmorgan 81f.

Die Verschiedenheit wird aus der Tatsache gefolgert, daß dem VE die Berechtigung zustehe, die Leistung an den Dritten zu verlangen, § 335 BGB. Das Recht des Dritten sei um eine solche Befugnis verkürzt und daher von einem etwaigen Recht des VE verschieden.¹ In neuester Zeit hat Gottschalk eine Begründung aus der Entstehungsgeschichte und der Subjektbezogenheit der Forderung zu gewinnen versucht.² Wenn der VE bei einem Lebensversicherungsvertrag zunächst noch keinen Begünstigten benannt hat und diese Bezeichnung erst nach einiger Zeit erfolgt, wird vom Reichsgericht³ wegen der zeitweiligen Verfügungsbefugnis des VE die Annahme eines originären Rechtserwerbes abgelehnt. Vom OLG Dresden⁴ wird generell bei einer zeitweiligen Verfügungsbefugnis des VE ein abgeleiteter Erwerb angenommen.

In der Literatur wird der Rechtserwerb nur von einem geringen Teil⁵ als abgeleiteter angesehen. Hoffmann, der

- 1 so Kühlmorgen 81 f; Schindel 16f. Wohl auch Heilmann KTS 1972, 14, 15.
- 2 Gottschalk VersR 1976, 797ff.
- 3 RGZ 62, 46, 48; RGZ 66, 158, 161f; RGZ 153, 220, 228.
- 4 OLG Dresden SeuffA Bd. 65, 317, 318. Wohl auch RG JW 1904, 485: Der Dritte leitet sein Recht unmittelbar und ausschließlich vom VE her.
- 5 Schwarz 23f u. 33; Stübler 37f, 49 u. 63; W. Haas 19 u. 30; Finger 75; Brecher 14f zitiert bei Schwarz 23 u. Knoch 39 FN 29; Hoffmann AcP 158, 178, 190ff; Constan 42 zitiert bei Knoch 39 FN 29; Knoch 39; Zeigner ZVersW 1913, 654, 703; Kress 618f; Ramin 62, Geister 32 u. Termeer 60 zitiert bei Harder 129 FN 45; wohl auch Stampe 89 u. Lange NJW 1965, 657; Heck § 50, 4; wohl auch Dette 25 (Einzelrechtsnachfolge durch Zuwendung bestimmter Vermögensstücke); H. Müller 9 für die Fälle des § 332 BGB und des nachträglichen VzGD. Siehe ferner die Autoren, die das Recht des Dritten als eine Abspaltung vom Gläubigerrecht ansehen, oben Seite 16 FN 5.

in erster Linie in diesem Zusammenhang zu nennen ist, geht bei seiner Begründung davon aus, daß die nachträgliche Bezeichnung des bezugsberechtigten Dritten bei einem Lebensversicherungsvertrag (vgl. § 166 VVG) eine einseitige Erklärung des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer sei. Daraus folgert er, daß der Versicherungsnehmer zumindest eine juristische Sekunde lang berechtigt gewesen, und dann das Recht durch eine Art "de facto einseitige Abtretung" auf den Dritten übertragen habe. Der Dritte erwerbe daher das Recht als von dem Versicherungsnehmer abgeleitet.¹

Dieses Ergebnis gelte auch für die sofortige Bezeichnung des Dritten und für jeden Vzgd.² Als weitere Argumente nennt Hoffmann, daß die h.M. Anspruch und Anspruchsobjekt verwechsle,³ und daß die Forderung nach der Auffassung der h.M. während eines bestimmten Zeitraumes subjektlos sei.⁴ Schwarz weist ferner darauf hin, daß es widersprüchlich sei, wenn die h.M. trotz des originären Erwerbes beim VE begründete Pfandrechte auf den Dritten mitübergehen lasse⁵.

Überwiegend glauben die Vertreter der beiden soeben dargestellten Meinungen durch die Erörterung des originären Erwerbes die Frage der Zugehörigkeit zum Nachlaß entscheiden zu können.⁶

1 Hoffmann AcP 158,178,192.

2 Hoffmann AcP 158,178,192 FN 71.

3 Hoffmann AcP 158,178,188; Hoffmann,Diss.40 zitiert bei Finger 72 FN 1.

4 Hoffmann AcP 158,178,185; Stübler 34f.

5 Schwarz 24.

6 MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.13; Staudinger-Kaduk § 330 RdNr.22f; Palandt-Heinrichs § 330 Anm.2 a; Erman-H.P.Westermann vor § 328 RdNr.1; Jauernig-Vollkommer § 328 Anm.II 2 a; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 II 1; Mehn 24; Knoch 30; Schwarz 24; Ruppert 23f; Weise 26; Dorow 53; Köster 14; Kuhnle 41.

Ein Teil der Literatur¹ hält ein solches Vorgehen für Begriffsjurisprudenz und will die dahinterstehenden Sachfragen aus Wertungen des Gesetzes, insbesondere durch einen Vergleich der Interessen der Beteiligten, entscheiden. Es sind daher nach dieser Meinung noch die Auffassungen vertretbar, die trotz der Annahme eines abgeleiteten Erwerbes für eine Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß² bzw. trotz der Annahme eines originären Erwerbes für eine Zugehörigkeit zum Nachlaß³ eintreten.

Heute wird die Frage der Zugehörigkeit zum Nachlaß hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt untersucht, ob und inwieweit erbrechtliche Form- und Sachvorschriften auf einen VzGD auf den Todesfall anzuwenden sind, oder -anders ausgedrückt- was für ein Verhältnis zwischen § 2301 BGB und § 331 BGB besteht.⁴ Die h.M. nimmt dabei an, daß weder die Form- noch die Sachvorschriften des Erbrechts anzuwenden sind.⁵ Zu dieser Auffassung hat maßgeblich die h.M., die eine Zugehörigkeit zum Nachlaß verneint, geführt. Das wird daran deutlich, daß als zusätzliche Begründung auf die ständige Rechtsprechung hingewiesen wird⁶, die gerade durch die frühere Reichsgerichtsrechtsprechung begründet wurde.

1 Finger 76; Zehner AcP 153,424,429f; Heck JW 1932, 2517,2518; Kämper 45; O.M.v.Gierke 27.

2 W. Haas, 19 u.32f; Dette 24f; Griesche 22f u.29; Schwarz 33; Brecher 14f zitiert bei Schwarz 33.

3 Wiedemann 183ff; Lange-Kuchinke § 31 IV 3. Siehe ferner oben S. 23 FN 4 die Autoren, die trotz des originären Erwerbes im Valutaverhältnis die erbrechtlichen Sachvorschriften anwenden wollen.

4 Dazu, daß die Frage der Zugehörigkeit zum Nachlaß vom methodischen Ansatz verfehlt ist, siehe unten Seite 130ff.

5 siehe dazu und zu den anderen Meinungen unten 2. Teil, A.

6 BGHZ 66,8,13; BGH NJW 1975,382,383.

Weitere praktische Bedeutung hat die Annahme des originären Erwerbes für die Schenkungsanfechtung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG und § 32 Nr. 1 und 2 KO und den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB hinsichtlich eines Anspruchs aus einem Lebensversicherungsvertrag zGD. Nach h. M. unterliegt die Forderung nicht dem Erbrecht, sondern es ist Schenkungsrecht unter Lebenden anzuwenden. Daher taucht die Frage auf, ob der Anspruch auf die Versicherungssumme oder die gezahlten Versicherungsprämien als Gegenstand der Schenkung anzusehen sind. Nach h. M. sind das die Prämien, und zwar bei der Schenkungsanfechtung, die im letzten bzw. letzten beiden Jahren und beim § 2325 BGB die in den letzten 10 Jahren vor dem Tode des VE gezahlten Prämien. Dieses wird aus dem originären Erwerb gefolgert. Da die Forderung auf die Versicherungssumme niemals zum Vermögen des VE gehört habe, könne sie auch nicht Gegenstand einer Schenkung sein. Daher entscheidet die wohl h. M. anders, falls der VE zu irgendeinem Zeitpunkt Gläubiger des Anspruchs war. Dieses ist dann gegeben, wenn noch kein Dritter als Bezugsberechtigter bezeichnet worden ist. Dann soll der Anspruch auf die Versicherungssumme Gegenstand der Schenkung sein.¹

Schließlich hat die Annahme des originären Erwerbes noch Bedeutung für die Frage, ob die Forderung des Dritten von Gläubigern des VE auch dann mit einem rechtsgeschäftlichen oder Pfändungspfandrecht belastet werden kann, wenn der VE dazu

¹ siehe dazu und dem Meinungsstand unten 2. Teil, B.

nach der Drittbegünstigung noch Verfügungsbefugt ist. Die h. M. erkennt zwar die Möglichkeit einer Pfändung und Verpfändung an, verlangt jedoch die Aufhebung der Drittbegünstigung. Die Forderung kann also nur als eine dem VE gehörige mit einem Pfandrecht belastet werden. Treffend dafür ist die Aussage von Gottwald: "Mit dem Widerruf kann das nun dem VE zustehende Recht von Gläubigern verwertet werden."¹ Erst nach der Ausübung eines Widerrufs, der von der h.M. als Gestaltungsrecht qualifiziert wird,² ist demnach die Forderung trotz der Verfügungsbefugnis für den VE bzw. dessen Gläubiger verwertbar. Dieses hat wiederum Auswirkungen auf die Pfändung und Verpfändung von Ansprüchen aus einem Lebensversicherungsvertrag gehabt.³ Ferner soll eine Arrestpfändung beim VE nicht möglich sein, weil der erforderliche Widerruf über den Sicherungszweck des Arrestes hinausginge und die Drittbegünstigung nach erfolgtem Widerruf u.U. nicht wiederhergestellt werden könne."⁴

Das Erfordernis der Aufhebung der Drittbegünstigung wird allein mit dem originären Erwerb begründet. Wegen des

1 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.28 aE.

2 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.28. AA: Heilmann KTS 1972,14,21.

3 siehe dazu unten 2.Teil,C.

4 RGZ 153, 220,224; Staudinger-Kaduk § 330 RdNr.38; Ermann-H.P.Westermann § 330 RdNr.7; RGRK-Ballhaus § 330 RdNr.5; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.28. Nach Prölss-Martin § 15 ALB Anm.8 führt die Arrestpfändung nicht zum Widerruf. Zulassen will er sie daher anscheinend. So auch Heilmann ZVersW 1938, 164,174f.

originären Erwerbes könne die Forderung des Dritten nur als unbelastete entstehen. Ist daher die Drittbegünstigung nicht widerrufen worden, erwirbt der Dritte die Forderung ohne dingliche Belastung mit einem Pfandrecht.¹

Die Übersicht über diese vielfältigen Meinungen zeigt, daß auch heute noch nicht von einer Klärung der dogmatischen Grundlagen des gleichzeitigen VzGD gesprochen werden kann. Daß trotzdem die dogmatische Einordnung des VzGD nicht näher untersucht wird, überrascht um so mehr, als bekannt ist, daß "das Ineinandergreifen von Deckungs- und Valutaverhältnis ... die Quelle nicht weniger rechtlicher Schwierigkeiten" ist.²

II. Rechtsnatur des nachträglichen VzGD

1. Rechtsprechung

a. Das Reichsgericht hat bei der Frage, ob das Recht des Dritten aus einem Lebensversicherungsvertrag ein originärer oder ein abgeleiteter Erwerb ist, danach unterschieden, ob die Bestimmung des Dritten sofort oder

1 RGZ 127,269,271; RG WarnRspr 1913 Nr.135; OLB München WM 1964,778=BB 1964, 990;RGRK-Ballhaus § 331 RdNr.6; Soergel-R.Schmidt §330 RdNr.9; Asmus ZVersW 1970,49, 54; Kisch JW 1930, 3628. AA: OLG Dresden SeuffA 65, 317,318.

2 so H.P.Westermann,Schwerpunkte § 16 I 3.

durch Vertragsänderung nach Abschluß des zu eigenen Gunsten abgeschlossenen Vertrages getroffen wurde.¹ Nur die nachträgliche Begünstigung des zunächst zu eigenen Gunsten abgeschlossenen Vertrages² und die nachträgliche Änderung der Bezugsberechtigung³ wurde dabei als abgeleiteter Erwerb angesehen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1907⁴ wird dazu ausgeführt, daß bezüglich des abgeleiteten Erwerbes kein Unterschied zur Abtretung bestehe. Danach werden die Unterschiede zwischen der Abtretung und dem nachträglichen Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter dargestellt: "Einmal kommt es (gemeint ist das Bezugsrecht) nicht, wie letztere (gemeint ist die Abtretung), durch Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Dritten, sondern durch Vertrag zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer zustande. Sodann pflegt es zunächst nur beliebig widerruflich eingeräumt zu werden. Und endlich erhält der "Bezugsberechtigte" nicht, wie der Zessionar, die volle Gläubigerstellung, sondern nur gewissermaßen einen Ausschnitt aus derselben. Denn auch nachdem das Bezugsrecht des Dritten unwiderruflich geworden ist, behält der Versicherungsnehmer ein Forderungsrecht gegen den Versicherer auf Leistung an den Dritten (§ 335 BGB). Der Dritte hat also eine ähnliche Rechtsstellung wie der

1 Für originären Erwerb bei gleichzeitigem Lebensversicherungsvertrag: RGZ 51,403,405; RGZ 54,34,36f; RGZ 61,217,218; RGZ 62,46,48; RGZ 127,269,271; RGZ 128,187,190.

2 RGZ 62,46,48; RGZ 66,158,161f. Ebenso OLG Dresden SeuffA 65 Nr.165,S.317f. AA bezüglich eines Guthabens bei einer Bank: RGZ 88, 137,139 ohne Auseinandersetzung mit anderen Auffassungen.

3 RGZ 153,220,228.

4 RGZ 66,158ff.

Pfandgläubiger, dem die gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen ist ..."¹

Der nachträgliche Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter wird also vom Reichsgericht, ohne daß dieses ausdrücklich betont wird, als neben der Abtretung stehendes Verfügungsgeschäft angesehen. Diese dogmatische Einordnung des nachträglichen VzGD überrascht insofern, als sonst in ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit von Verfügungen zGD mit der Begründung abgelehnt wird, daß es sich beim VzGD um ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft handelt.² Ferner steht dies nicht in Einklang mit einer Entscheidung vor Inkrafttreten des BGB, in der das Reichsgericht ausführte, daß die Annahme einer Übertragung "mit dem Begriffe und Wesen eines Vertrages zugunsten Dritter geradezu in Widerspruch" stehe.³

b. Demgegenüber führt das Reichsgericht im Jahre 1929 in einem obiter dictum⁴ aus, daß kein Grund ersichtlich sei, warum eine Teilabtretung nicht im Wege eines VzGD erfolgen können.⁵ Ob das Reichsgericht damit eine analoge oder eine direkte Anwendung meint, geht aus der Entscheidung nicht eindeutig hervor. Die Formulierung-

1 RGZ 66,158,161f.

2 RGZ 66,97,99f; RGZ 98,279,282; RGZ 106,1,3;
RGZ 124,218,221; RG JW 1930,3545.

3 RGZ 24,337,339.

4 so Blomeyer, FS für Rabel 307,327.

5 RGZ 124,135,139.

gen deuten jedoch mehr auf eine direkte Anwendung hin.¹ Das Reichsgericht hält also die Begriffe Abtretung und Übertragung einer Forderung für identisch, während in der oben genannten Entscheidung beide Institute, die Abtretung und der VzGD, als Übertragungsformen angesehen wurden.

c. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf geht in einer aus dem Jahre 1958 stammenden Entscheidung ebenfalls von der Identität der Begriffe Abtretung und Übertragung einer Forderung aus und untersucht die Frage, ob eine Abtretung zugunsten Dritter zulässig sei. Dies wird verneint mit dem Hinweis auf den klaren Wortlaut des § 398 BGB. Zum anderen wird die Ablehnung damit begründet, daß eine Abtretung zugunsten Dritter seiner juristischen Struktur nach ein Verfügungsgeschäft sei, während der VzGD ein sogenannter schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag sei.²

d. Als weitere Entscheidungen aus der Rechtssprechung sind die höchstrichterlichen Urteile bezüglich eines nachträglichen VzGD auf den Todesfall BGB aufzuzeigen.³ Hier geht es darum, daß ein Forderungsinhaber die bisher ihm zustehende Forderung (insbesondere Guthaben bei einer Bank) durch einen Vertrag mit dem Schuldner einem Dritten

1 Blomeyer, FS für Rabel 307,327. Vgl. ferner J. Haas 107f.

2 LAG Düsseldorf BB 1958, 1169. Vgl. dazu J. Haas 102f.

3 RGZ 62,46ff; RGZ 88,137ff; BGHZ 41,95ff=NJW 1964, 1124f; BGH KTS 1967,158ff; BGH LM § 331 Nr.5=NJW 1975,382ff; BGHZ 66,8ff=NJW 1976,749ff.

zuwendet, und zwar befristet¹ mit dem Tode des bisherigen Gläubigers. Nicht dazu gehören die Fälle, in denen bereits bei Begründung der Forderung eine Drittbegünstigungsklausel für den Todesfall getroffen wird.² Diese Drittbegünstigung stellt entsprechend der in der Einleitung gewählten Terminologie einen gleichzeitigen VzGD dar. In der Sache besteht jedoch kein Unterschied, da nach der h.M. auch in diesen Fällen vor Entstehung des Rechtes beim Dritten eine Gläubigerschaft des VE vorliegt.

In den genannten Entscheidungen wird ein nachträglicher VzGD ohne nähere Begründung und besondere Hervorhebung wie ein gewöhnlicher VzGD behandelt. Es wird lediglich ausgeführt, daß die §§ 328 und 331 BGB von der Möglichkeit der Zuwendung eines Anspruches durch einen VzGD auf den Todesfall ausgingen und der VzGD nicht wegen Verstoßes gegen erbrechtliche Vorschriften oder als Umgehungsgeschäft unwirksam sei. Das soll auch dann gelten, wenn es sich im Valutaverhältnis um eine unentgeltliche Zuwendung handele.³ Wie ein solcher nachträglicher VzGD dogmatisch erklärt werden kann, läßt sich aus den Entscheidungen nicht eindeutig entnehmen. Das Reichsgericht führt bezüglich der Einordnung als originärer oder derivativer Erwerb in einer Entscheidung aus: "Die auf den Todesfall

1 vgl. dazu Schindel 6 mwN; Dorow 28 FN2.

2 RGZ 51,403ff; RGZ 54,94ff; RGZ 61,217ff; RGZ 127,269ff; RGZ 128,187ff; BGHZ 13,232ff=NJW 1954,1115ff; BGHZ 21,148ff=NJW 1956,1593f; BGHZ 23,76ff=NJW 1962,958f. Ebenso OLG Nürnberg VersR 1969,608f.

3 BGHZ 41,95,96=NJW 1964,1124,1125; BGHZ 66,8,12f=NJW 1976,749,750.

zugunsten Dritter geschlossenen Verträge ... haben aber die Eigentümlichkeit, daß der Dritte unmittelbar aus dem Verträge erwirbt, und daß sich das Zugewendete mit dem Tode des Verfügenden von seinem Nachlasse trennt und nicht zu diesem gehört.¹ Angesichts der sonstigen Bedeutung des Begriffes "unmittelbar" und aus der Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß kann man nur den Schluß ziehen, daß das Reichsgericht von einem originären Rechtserwerb ausgeht. In einer früheren Entscheidung wird dagegen ein abgeleiteter Erwerb damit begründet, daß der zugewendete Versicherungsanspruch bis zum Tode dem Erblasser zugestanden habe.² So ausdrücklich hat der BGH sich zu dieser Frage noch nicht geäußert. Denn in den genannten Entscheidungen zum nachträglichen VzGD auf den Todesfall ging es nicht um die Frage des originären Erwerbes. Der BGH will jedoch anscheinend die Rechtssprechung des Reichsgerichts fortsetzen.³ Das zeigt die Verwendung der formelhaften Wendung⁴, daß der Dritte "unmittelbar gegen den Versicherer einen eigenen, nicht zum Nachlaß gehörenden Anspruch auf die Versicherungsleistung"⁵ erwirbt und die Verweisung auf die früheren RG-Entscheidungen⁶. Daraus und aus der Tatsache, daß der BGH den nachträglichen VzGD wie einen gewöhnlichen VzGD behandelt,

1 RGZ 88,137,139.

2 RGZ 62,46,48.

3 so Finger 59.

4 so Finger 59.

5 BGHZ 32,44,47; BGHZ 13,226,232.

6 BGHZ 41,95,96; BGH WM 1975,382,383; BGHZ 66,8,13.

bei dem er in drei Entscheidungen¹ den Rechtserwerb als originären angesehen hat, kann man nur den Schluß ziehen, daß der BGH auch bei einem nachträglichen VzGD von einem originären Rechtserwerb des Dritten ausgeht.

Auch der nachträgliche VzGD wird vom Reichsgericht und dem BGH als Verpflichtungsgeschäft angesehen. Das ergibt sich daraus, daß ein verfügungsrechtlicher VzGD abgelehnt wird.²

Wie man in Einklang bringen kann, daß trotz der Gläubigerschaft des VE ein originärer Erwerb und ein Verpflichtungsgeschäft angenommen wird, geht aus den Entscheidungen nicht deutlich hervor. Ein originärer Erwerb läßt sich dogmatisch nur als Novation erklären, also als Erlaß und gleichzeitige Neubegründung mit demselben Inhalt. Ob die genannten Entscheidungen tatsächlich in diesem Sinne zu verstehen sind, erscheint zweifelhaft, da eine Novation etwas Atypisches darstellt und nur sehr selten angenommen wird.³ Ferner würde eine Novation zur Folge haben, daß akzessorische Rechte, z.B. das Eigentum am Sparkassenbuch, nicht mitübergangen (vgl. §§ 401, 952 BGB),⁴ was in aller Regel nicht dem Willen der Parteien entsprechen dürfte.

1 BGHZ 13,226,232; BGHZ 32,44,47; BGH FamRZ 1976, 616,617.

2 BGHZ 41,95,96=NJW 1964,1124,1125; BGH KTS 1967, 158,159.

3 Esser-Schmidt, SchR AT I 1, §21 II.

4 in RGZ 106,1,4 wird aber ausdrücklich § 952 BGB angewendet.

In einigen Entscheidungen werden die Formulierungen "Zuwendung des Anspruchs"¹ und "Zuwendung des Sparguthabens"² gebraucht. Man könnte daher daran denken, daß die Rechtssprechung den nachträglichen VzGD als Übertragungsform ansieht. Ferner stünde das in Einklang mit BGHZ 41,95 ff, wo zunächst die Übertragung eines dinglichen Rechtes mittels eines VzGD abgelehnt wird und dann ausgeführt wird: "Dagegen kann nach feststehender Rechtssprechung durch Vertrag zugunsten Dritter ... ein schuldrechtlicher Anspruch auch dann zugewendet werden, wenn ..."³

Aus diesem Sinnzusammenhang könnte man daher auf die Annahme einer Übertragung schließen. Dieses wäre auch leichter als die Annahme eines originären Erwerbes mit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1967 zu vereinbaren.⁴ In dieser Entscheidung wird das Bestehen eines Anspruchs des VE als Voraussetzung für einen VzGD angesehen. Durch den Erlaßvertrag soll aber doch gerade bei der Annahme einer Novation eine Situation geschaffen werden, wie sie ohne eine Gläubigerschaft des VE bestehen würde.

1 z.B. RGZ 128,187,189. Siehe auch BGHZ 23,76, 79.

2 BGHZ 66,8,10f.

3 BGHZ 41,95,96=NJW 1964,1124,1125.

4 BGH KTS 1967,158 ff.

Bezüglich der Einordnung als Verpflichtungsgeschäft sind die Entscheidungen in jedem Falle problematisch. Auch bei der Annahme einer Novation ist die einheitliche Behandlung des Erlaßvertrages (Verfügungsgeschäft) und des Neubegründungsvertrages (Verpflichtungsgeschäft) nicht zwingend. Es ist ebenso gut eine einheitliche Betrachtung als Verfügungsgeschäft vertretbar und noch überzeugender ist eine Aufspaltung des einheitlichen Vertrages in ein verpflichtendes und ein verfügungsrechtliches Element.¹

Die Übersicht über diese Entscheidungen der Rechtsprechung zeigt, daß die Zulässigkeit und die dogmatische Einordnung eines nachträglichen VzGD nicht widerspruchsfrei sind und sich die genannten Entscheidungen kaum in Einklang bringen lassen.

2. Schrifttum

a. Ein Teil des Schrifttums² geht ohne nähere Begründung von der Möglichkeit eines nachträglichen VzGD aus und sieht ihn als eine Kombination von Erlaß und Neubegründung an. Der Rechtserwerb wird dann als originärer und das Rechtsgeschäft als Verpflichtungsgeschäft angesehen. Da sich die beiden letzten Aussagen dogmatisch bei einem nachträglichen VzGD nur durch eine Novation erklären lassen, müßten auch die Verfasser, die ohne weitere Begründung und Erläuterung von der Möglichkeit eines nachträglichen VzGD ausgehen und andererseits den VzGD uneingeschränkt als Verpflichtungsgeschäft bzw. als originären Erwerb qualifizieren,³ zu dieser Meinungsgruppe zu rechnen sein.

1 siehe dazu unten S. 52 ff.

2 v. Lübtow, Erbrecht 1234; Harder 135; Kämper 44, 48 u. 58; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 173; Fricke 3.

3 Ruppert 12, 14 u. 23; Dorow 31 u. 50; Köster 9, 37 u. 80; Schaefer 7 u. 16; Grünmann 13, 24 u. 34; Taute 14 u. 20f.

b. Als abweichende Meinung ist in diesem Zusammenhang die Auffassung von Heilmann darzustellen. Heilmann leitet die Meinung, daß Gegenstand eines VzGD auch eine bereits bestehende Forderung sein kann, aus § 332 BGB ab. Nach dieser Vorschrift könne ein Recht auch noch nach seiner Entstehung einem Dritten zugewendet werden. Daraus soll sich nach Heilmann ergeben, daß das Recht des Dritten auch nachträglich geschaffen werden kann und Gegenstand eines VzGD sein kann.¹ Den VzGD sieht er generell als Verfügungsgeschäft an, wobei er den nachträglichen VzGD dogmatisch erklärt als Erlaß- und Neubegründungsvertrag, also als Novation.² Im Gegensatz zur gerade dargestellten Meinung qualifiziert er das Rechtsgeschäft ohne weitere Begründung insgesamt als Verfügungsgeschäft.³

c. Ein anderer Teil der Literatur sieht einen nachträglichen VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung an und untersucht ausgehend von der Identität der Begriffe "Abtretung" und "rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung" die Frage, ob ein Abtretungsvertrag zugunsten Dritter in einer Analogie zu den §§ 328 ff BGB zulässig ist. Die Zulässigkeit wird dann entsprechend dem Standpunkt des Verfassers zu der Streitfrage der verfügungsrechtlichen VzGD bejaht⁴ oder verneint.⁵

1 Heilmann NJW 1968,1853,1854.

2 Heilmann MDR 1969,431,433; KTS 1972,14,15.

3 Heilmann KTS 1972,14,15. Ähnlich Papenheim (nachträglicher VzGD 3, Verfügungsgeschäft 6, stammt aus Vermögen des VE, gehört aber nicht zum Nachlaß, trennt sich von ihm 10,19,29.)

4 Larenz, SchR AT § 17 IV; Kluckhohn 156ff; J. Haas 123; Blomeyer, FS für Rabel 307,327; Grunsky 630; Wetzel 9f; Esser-Schmidt, SchR AT I 2 § 36 IV 2; W.Thiele, WuV BT 127 u. 130; Geginat 38f; Enneccerus-Lehmann § 78 II 5.

5 Wolf § 18 A III o; Harder FamRZ 1976,418,421; Kress 630; Canaris in Großkomm. HGB Anhang nach § 357 Anm. 76.

d. Ebenso wie die gerade dargestellte Meinung sieht ein Teil der Literatur einen nachträglichen VzGD als Übertragungsgeschäft an. Sie wollen jedoch die §§ 328 ff BGB bei einem nachträglichen VzGD direkt anwenden.¹

Fikentscher gebraucht ebenfalls die Begriffe "Abtretung" und "Übertragung einer Forderung" synonym. Zur Begründung für die Annahme einer direkten Anwendung verweist er darauf, daß kein Grund ersichtlich sei, warum nicht auch die Übertragung einer bestehenden Forderung an einen Dritten zulässig sein soll, und hält eine solche Auslegung für noch durch den Wortlaut des § 328 Abs. 1 BGB gedeckt. Denn dort sei nicht gesagt, daß die dem Dritten versprochene Leistung Gegenstand eines neu zu begründenden Schuldverhältnisses sein muß.² Als Parteien eines nachträglichen VzGD will er nur den Gläubiger und den Schuldner anerkennen. Diesen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zugunsten eines Dritten bezeichnet er als "uneigentliche Zession zugunsten Dritter"³. Eine "eigentliche Zession zugunsten Dritter" nennt Fikentscher den Fall, daß der VE sich mit dem VS dahin einigt, daß eine dem VE gegen eine andere Person zustehende Forderung jetzt einem Dritten zustehen soll. Eine solche Vereinbarung hält er für unzulässig, da sie gegen den auch im Schuldrecht bestehenden numerus clausus der Begründung von Rechtszuständigkeiten verstößt.⁴

1 W. Haas 19,30 u.32; Knoch 47; Fikentscher § 37 III 2 b a; Westermann SaR § 3 II 4; Esser, 2. Aufl., § 88, 3 c; Dette 28 f.

2 Fikentscher § 37 III 2 b a.

3 Fikentscher § 37 III 2 b a.

4 Fikentscher § 37 III 2 b B.

H. Westermann spricht sich nicht ausdrücklich für eine direkte Anwendung der §§ 328 ff BGB auf die Übertragung mittels eines VzGD aus. Er führt jedoch aus, daß § 328 BGB nicht darauf beschränkt sei, mit dem Vertrag entstehende Ansprüche sofort einem Dritten zuzuordnen. Wie er diese Zuordnung versteht, erklärt er an einem Beispiel: "V verkauft sein Haus an K; der Anspruch auf den Kaufpreis steht dem V zu. Ein Zusatz i.S. des § 328 zugunsten des D wendet den Anspruch dem D zu."¹ Daraus kann man nur schließen, daß H. Westermann eine Übertragung durch VzGD für zulässig hält und dabei die §§ 328 ff BGB direkt anwenden will.

Der Ansicht Westermanns hat sich Esser in der 2. und 3. Auflage seines Lehrbuches angeschlossen. Grund für die Ablehnung der Rechtsprechung sei eine übertriebene Sorge um die Ausschließlichkeit der gesetzlich festgelegten Normalformen, wie §§ 397 u. 398 BGB.² In der 2. und 4. Auflage spricht er sich dann für einen Erlaß- und Neubegründungsvertrag aus, will darüber hinaus aber auch eine Übertragung zulassen.³

e. Schließlich kann man als gesonderte Meinungsgruppe die neuere Kommentarliteratur anführen. Sie geht ohne nähere Begründung von der Möglichkeit aus, einen VzGD auch nach Entstehung der Forderung zu schließen.⁴

1 Westermann SaR § 3 II 4.

2 Esser, 2. Aufl. § 88 3c.

3 Esser, 3. Aufl. § 53 III; Esser § 53 III.
Dagegen Esser-Schmidt, Schr AT I 2, § 36 IV 2.

4 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.2; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.14 u.15; Erman-H.P.Westermann vor § 328 RdNr.5; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 18,69 u. § 328 RdNr.21. Für den Lebensversicherungsvertrag Palandt-Heinrichs § 330 Anm.2 b; Soergel-R.Schmidt § 330 RdNr.4.

Andererseits wird die Frage des Abtretungsvertrages zugunsten Dritter im Rahmen der Erörterung der verfügungsrechtlichen VzgD behandelt¹ und mit Ausnahme von Ballhaus² und Heinrichs³ bejaht. Wie diese Aussagen, einerseits direkte und andererseits analoge Anwendung der §§ 328 ff BGB, in Einklang zu bringen sind, wird an keiner Stelle in einem der Kommentare deutlich.

Man könnte daran denken, daß mit dem Abtretungsvertrag zugunsten Dritter ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und einer schuldnerfremden Person zugunsten eines Dritten gemeint ist, während die direkte Anwendung einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner bedeuten soll. Jedoch lehnt Gottwald ausdrücklich einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und einer schuldnerfremden Person ab,⁴ und auch bei den anderen Kommentaren wird deutlich, daß mit dem Abtretungsvertrag zugunsten Dritter ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner gemeint ist.

Denkbar ist weiterhin, daß mit der direkten Anwendung ein Erlaß- und Neubegründungsvertrag, also eine Novation, gemeint ist, während eine Übertragung nur im Wege einer Analogie möglich ist. Von Gottwald und Kaduk wird jedoch bei der Erörterung des Abtretungsvertrages zugunsten Dritter die Annahme eines Erlaß-

-
- 1 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.105; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.74 a; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.4; Erman-H.P.Westermann § 328 RdNr.2 u.3;
 - 2 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.10.
 - 3 Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.5 b.
 - 4 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.106.

und Neubegründungsvertrages abgelehnt, weil der neue ursprüngliche Erwerb die Anwendbarkeit des § 401 BGB ausschlosse und dem Dritten in der Zwangsvollstreckung eine ungünstigere Stellung gebe.¹ Von Ballhaus wird ein Abtretungsvertrag zugunsten Dritter abgelehnt; eine der Abtretung ähnliche Wirkung könne man aber dadurch herbeiführen, daß sich der Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger verpflichtet, die diesem versprochene Leistung zu erbringen. Es soll sich aber nicht um einen abgeleiteten Erwerb handeln.² Damit ist wohl eine Novation i.S. eines Erlaß- und Neubegründungsvertrages gemeint. Ob tatsächlich mit der direkten Anwendung bei einem nachträglichen VzGD eine Novation gewollt ist, ist jedoch fraglich, da an keiner Stelle bei Ballhaus eine Verweisung darauf erfolgt. Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, daß die neuere Kommentarliteratur eine direkte Anwendung als Novation und eine analoge Anwendung als Übertragung ansieht. Es scheint jedoch vielmehr so, als ob sich die Autoren der Bedeutung der Aussage, daß ein VzGD auch nach Entstehen der Forderung geschlossen werden könne, nicht bewußt sind, da als Unterschied des VzGD zur Abtretung hervorgehoben wird, daß bei der Abtretung die Forderung bereits besteht.³

Die Übersicht über den Meinungsstand der Literatur zum nachträglichen VzGD ergibt, daß es umstritten ist, ob nach Entstehen der Forderung diese einem Dritten zugewandt werden kann. Diese Frage wird überwiegend bejaht, und in diesem Rahmen ist dann umstritten, ob diese Zuwendung als Übertragung oder als Novation (Erlaß- und Neubegründung mit dem gleichen Inhalt) zu qualifizieren ist. Bei den Autoren, die eine solche Zuwendung als Übertragung ansehen, ist dann wiederum streitig, ob die

1 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 105; Staudinger-Kaduk § 329 RdNr.15.

2 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.10.

3 Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 57f; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 9.

§§ 328 ff BGB direkt anzuwenden sind oder als Abtretungsverträge zugunsten Dritter in einer Analogie zu den §§ 328 ff BGB. Die verschiedenen Literaturmeinungen entsprechen demnach im wesentlichen den widersprüchlichen Entscheidungen der Rechtsprechung.

B. Der gleichzeitige VzGD als Rechtsgeschäft zur
Übertragung einer Forderung

Entgegen der h.M., die den Rechtserwerb des Dritten als originären ansieht, könnte es sich beim gleichzeitigen VzGD um ein Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung vom VE auf den Dritten handeln.

I. Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer
Forderung

Der Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung wird allgemein nicht als technischer Ausdruck im juristischen Sprachgebrauch verwandt. Es wird damit die Abtretung einer Forderung umschrieben, und häufig werden beide Begriffe synonym gebraucht.¹ Gemeint ist mit dem Begriff, daß aufgrund eines Rechtsgeschäftes eine Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession) auf der Gläubigerseite hinsichtlich einer Forderung erfolgt.² Einzelrechtsnachfolge bedeutet wiederum einen von der Berechtigung des Vorgängers abgeleiteten, derivativen Erwerb hinsichtlich eines einzelnen Gegenstandes. Im Gegensatz zum originären Erwerb, bei dem das Recht unabhängig davon eintritt, ob es im Zeitpunkt des Entstehens bereits vorhanden war oder einem anderen Zustand, gründet sich die Rechtsnachfolge oder der derivative Erwerb außer auf den Erwerbsvorgang selbst auf die Berechtigung des Rechtsvorgängers.³

1 Mot.II 119; Palandt-Heinrichs vor § 398 Anm.1; Soergel-R.Schmidt vor § 398 RdNr.3. Siehe ferner die oben auf Seite 44 FN 4 u.5 genannten Autoren.

2 vgl. MünchKomm-Gottwald § 398 RdNr.10; Kress 487 f.

3 Larenz, AT § 13 V a.

Die Berechtigung des Vorgängers ist also bei einem derivativen Erwerb gewissermaßen Voraussetzung für die Rechtsentstehung beim Nachfolger.¹

Bei der Abtretung beruht der Eintritt der Rechtsfolge auf dem Willen des bisherigen und dem Willen des neuen Gläubigers. Es sind jedoch noch andere Formen der Beteiligung am Rechtsgeschäft denkbar, und zwar ein Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zugunsten des neuen Gläubigers und ein einseitiges Rechtsgeschäft des bisherigen Gläubigers.² Im Verhältnis zur Abtretung stellt der Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung somit den Oberbegriff dar.

II. Einzelrechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD

Da der Forderungserwerb des Dritten von der Wirksamkeit der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS abhängig ist, könnte man annehmen, daß sich der Forderungserwerb auf die Berechtigung des VE als Rechtsvorgänger gründet. Bei einem gleichzeitigen VzGD fällt jedoch nach der oben zugrundegelegten Terminologie der Vertragsschluß mit dem Entstehen der Forderung zusammen. Es liegt daher bei natürlicher Betrachtungsweise nur ein einziger Akt vor. In der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS müßte daher zunächst die Begründung einer Forderung für den VE gesehen werden können. Der bei natürlicher Betrachtungsweise eine Vertrag zwischen dem VE und dem VS müßte somit bei der Annahme einer Rechtsnachfolge in zwei Teile aufgespalten werden: Zwischen dem VE und dem VS wird durch übereinstimmende Willenserklärungen ein gewöhnliches Schuldverhältnis begründet;

1 In der Notwendigkeit der Berechtigung des Rechtsvorgängers besteht gerade der Sinn des Verfügungsbegriffs (siehe dazu Flume § 11,5 c; Larenz, AT § 18 II c.) Ein abgeleiteter Erwerb stellt wegen der Veränderung der Rechtsinhaberschaft, soweit er auf einem Rechtsgeschäft beruht und unmittelbar erfolgt, immer eine Verfügung dar.

2 dafür MünchKomm-Roth § 398 RdNr.10.

das dadurch entstehende Forderungsrecht wird durch einen erneuten Vertrag zwischen dem Gläubiger (VE) und dem Schuldner (VS) auf einen Dritten übertragen. Ein solches Verständnis vom gleichzeitigen VzGD müßte durch Auslegung aus den §§ 328 ff BGB zu entnehmen sein.

1. Notwendigkeit der Aufspaltung in einen begründenden und einen zuordnenden Teil

a. Die Erforderlichkeit einer Aufteilung des bei natürlicher Betrachtungsweise einheitlichen Vorgangs zeigt sich zunächst bei der Lösung der anerkannten Fälle, in denen die Nichtigkeit oder Anfechtung des VzGD auf die Drittbegünstigungsabrede beschränkt ist und der VE trotz Unwirksamkeit Gläubiger ist bzw. wird.¹ Bei der Anfechtung ist dabei vor allem an § 123 BGB² und bei der Nichtigkeit an § 138 BGB (z.B. Einsetzung der Geliebten in einem Lebensversicherungsvertrag als Begünstigte) zu denken.³ Nimmt man keine Aufspaltung an, so ist der gesamte Vertrag unwirksam und das gewünschte Ergebnis läßt sich nur über Konversion (§ 140 BGB)⁴ oder über eine rechtsgeschäftlich angeordnete Umdeutung (sog. Konversionsklausel) erreichen. Mit letzterem ist gemeint, daß in einem Rechtsgeschäft für den Fall der Nichtigkeit vorgesehen ist, daß etwas anderes gelten soll.⁵

- 1 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.21; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.26; Soergel-R.Schmidt § 330 RdNr.4.
- 2 Planck-Siber vor § 328 Anm.IV 2.
- 3 RGZ 142,410,415; RGZ 154,99,102; BGHZ 23,76,79; BGH NJW 1962,958,959. Vgl. auch Hellwig 70 u.288ff.
- 4 Planck-Siber vor § 328 Anm.IV 2.
- 5 MünchKomm-Mayer-Maly § 140 RdNr.6.

Dieses wird als bedingtes Rechtsgeschäft angesehen.¹ Die Voraussetzungen der Konversion oder der Konversionsklausel dürften sich in den genannten Fällen nur schwer nachweisen lassen und vielfach eine Fiktion darstellen. In diesen Fällen bestehen daher für die h.M., die für eine einheitliche Betrachtungsweise eintritt, "praktische Schwierigkeiten", die auch teilweise zugestanden werden. Überzeugender ist in diesen Fällen die Annahme einer Aufspaltung, da in diesen Fällen eben nur der eine Teil, die Zuordnung an den Dritten, unwirksam ist, während der verpflichtende Teil wirksam bleibt.

b. Die gleichen Schwierigkeiten bestehen bei einer einheitlichen Betrachtungsweise bezüglich der dogmatischen Erklärung des § 328 Abs.2 BGB und des § 333 BGB. Weist der Dritte nämlich das Recht zurück (§ 333 BGB) oder entfällt die Zuordnung, weil die aufschiebende Bedingung nicht eintritt oder die Begünstigung widerrufen wurde (§ 328 Abs. 2 BGB), so ist es unstreitig eine Frage der Vertragsauslegung, ob dem VE das Recht zusteht.² Dieses läßt sich bei einer einheitlichen Betrachtungsweise wiederum nur über § 140 BGB oder eine rechtsgeschäftliche Konversionsklausel lösen. Überzeugender kann die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes mit der Aufspaltung in 2 Teile begründet werden.

c. Beim nachträglichen VzGD erfolgt die beabsichtigte Zuwendung an den Dritten nach und beim vorzeitigen VzGD vor dem Entstehen der Forderung. Hier fällt also die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen beider Teile zeitlich auseinander, abgesehen von der Notwendigkeit, sie rechtlich auseinanderzuhalten. Beim nachträglichen VzGD

1 MünchKomm-Mayer-Maly § 140 RdNr.6.

2 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.21.

ließe sich die Einheitlichkeit nur durch eine andere Aufspaltung in zwei Verträge aufrechterhalten, einen Erlaß- und einen Neubegründungsvertrag mit dem Inhalt der erlassenen Forderung. Eine solche Novation ist jedoch wegen des Unterganges von akzessorischen Sicherungsrechten und Einreden und Einwendungen nicht interessengerecht und daher abzulehnen. Um die Einheitlichkeit aufrechtzuerhalten, bliebe schließlich noch die Möglichkeit, die Zulässigkeit eines nachträglichen und vorzeitigen VzGD abzulehnen.¹ Geht man aber von deren Zulässigkeit aus, so läßt sich daraus auch eine einheitliche Konstruktion für alle drei Arten von VzGD ableiten.

d. Bei der Frage des Rechtsgrundes für das Behaltendürfen der Forderung für den Dritten wird überwiegend, auch wenn dieses nicht hervorgehoben wird, ein doppelter Rechtsgrund gefordert, einer im Verhältnis VE-VS, der auch zum Inhalt des Rechtsgeschäftes gehört (kausales Rechtsgeschäft), und einer im Verhältnis VE-Dritter, der außerhalb des Rechtsgeschäftes liegt (abstraktes Rechtsgeschäft). Damit wird also der einheitliche Vertrag in 2 Kausalverhältnisse aufgeteilt.² Dieses wird auch als sog. "Zweigliedrigkeit der Verträge zGD" bezeichnet.³ Wegen der Annahme der zwei Kausalverhältnisse wird die Erfüllung durch den VS als doppelte Leistung angesehen, im Verhältnis VS-VE und im Verhältnis VE-Dritter.⁴

Diese Aufspaltung in die zwei Kausalverhältnisse und die konsequente dogmatische Einordnung als sowohl kausales wie abstraktes Rechtsgeschäft, die von der h.M. bemerkenswerterweise immer unterlassen wird, läßt sich durch die Trennung in zwei Teile überzeugend erklären: Die Begrün-

1 siehe dazu unten 1. Teil, C u. D.

2 vgl. dazu oben S.26.

3 Zimmermann 85 u.Ehrenzweig 22f zitiert bei Planck-Siber vor § 328 Anm.IV 2.

4 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.22; Hadding 19ff.

dung der Forderung für den VE stellt ein kausales Verpflichtungsgeschäft dar und die anschließende Übertragung der Forderung auf den Dritten ein abstraktes Verfügungsgeschäft.

Um die Einheitlichkeit dennoch zu wahren und die dogmatische Einordnung als kausales und abstraktes Rechtsgeschäft zu erklären, könnte man lediglich noch zwei Auffassungen zur Rechtsnatur der privaten Schuldübernahme i.S. v. § 414 BGB entsprechend auf den VzgD übertragen. In einem solchen Vertrag vereinbaren der Gläubiger und der neue Schuldner eine Schuldnerauswechselung zugunsten des nichtbeteiligten alten Schuldners, der allerdings nach der h.M. analog § 333 BGB ein Ablehnungsrecht erhält.¹ Die Rechtsnatur dieses Vertrages ist umstritten. Der Vertrag wird teilweise in zwei selbständige Verträge,² ein Verfügungsgeschäft im Verhältnis Gläubiger-Altschuldner und ein Verpflichtungsgeschäft im Verhältnis Gläubiger-Neuschuldner, aufgespalten oder die Rechtsgeschäfte werden als Elemente eines einheitlichen Vertrages angesehen,³ wodurch die "untrennbare Einheit der Verfügung und Verpflichtung" betont werden soll.⁴ Ferner gibt es noch Autoren,⁵ die den Vertrag als ein Rechtsgeschäft mit verfügender Wirkung beim Schuldner, mit verpflichtender Wirkung beim Übernehmer und befreiender Wirkung beim Altschuldner qualifizieren. Dogmatische Bedenken hinsichtlich der Einteilung eines Rechtsgeschäftes sowohl in die Kategorie des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäftes sollen dabei nicht bestehen, da diese Einteilung

1 Hirsch JR 1960,291,292f.

2 Hirsch JR 1960,291,293.

3 Larenz, SchR AT § 35 I amWN.

4 Larenz, SchR AT § 35 I a.

5 Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 37 II 1.1; MünchKomm-Möschel § 414 RdNr.2.

nicht erschöpfend sei und nicht so zu verstehen sei, daß ein Rechtsgeschäft nur das eine oder das andere sein könne.¹ Da auch die beiden letztgenannten Auffassungen eine Aufspaltung vornehmen, ist nicht ersichtlich, worin der Vorteil einer solchen Betonung der Einheitlichkeit liegen soll.

Im deutschen Privatrecht gibt es wohl Verpflichtungsgeschäfte, die als rein kausales oder als abstraktes Rechtsgeschäft (z.B. §§ 780, 781 BGB) anzusehen sind, aber ein Verpflichtungsgeschäft, das beides darstellt, ist dem geltenden Recht fremd. Daher ist die von der h.M. befürwortete Einordnung des VzGD als Verpflichtungsgeschäft bei der Annahme eines kausalen und abstrakten Rechtsgeschäftes nicht haltbar. Man müßte insoweit mindestens eine Doppelnatur oder ein Rechtsgeschäft mit verpflichtender und verfügender Wirkung annehmen.

Die Aufspaltung in zwei Kausalverhältnisse und die Einordnung als kausales und abstraktes Rechtsgeschäft läßt sich daher überzeugend nur durch die Aufteilung in ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft erklären.

e. Auch beim VzGD auf den Todesfall wird in der Literatur teilweise² die Auffassung vertreten, daß im Valutaverhältnis ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE vorliegt, auf das die erbrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind. Im Deckungsverhältnis soll danach Lebendenrecht und im Valutaverhältnis Erbrecht gelten. Diese unterschiedliche Behandlung des VzGD auf den Todesfall läßt sich nur durch die Aufspaltung in 2 selbständige Rechtsgeschäfte

1 Larenz, AT § 18 II c.

2 siehe oben S.23 FN 3 u.4.

erklären. Wenn gleichwohl von einigen Autoren die Selbständigkeit verneint wird, weil das einseitige Rechtsgeschäft Bestandteil der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS sei,¹ so stellt dieses wie § 414 BGB eine formale Betonung der Einheitlichkeit dar, während in der Sache eine Trennung vorgenommen wird. Das wird besonders daran deutlich, daß der VzGD trotz der Einheitlichkeit durch die Annahme eines "Grundgeschäftes" und einer "Fremdklausel" erklärt wird.² Daher wird von diesen Autoren ebenfalls eine Aufspaltung in zwei Rechtsgeschäfte vorgenommen.

f. Schließlich will das Reichsgericht unter Billigung der Literatur³ bei fehlender Kenntnis von der Unwirksamkeit der Zuordnung an den Dritten die Versicherungsgesellschaften durch analoge Anwendung der §§ 407⁴ und 409⁵ BGB schützen. Da durch die §§ 407 und 409 BGB nur die fehlende Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes, die Zuordnung an den Dritten, überwunden werden kann, läßt sich das von der Interessenlage gebotene Ergebnis nur bei der Annahme einer Trennung von Verpflichtung und Verfügung dogmatisch befriedigend begründen.

1 Harder 154 ff.

2 Harder 137; v. Lübtow, Erbrecht 1232f.

3 Heilmann NJW 1968, 1853, 1855; Heilmann VersR 1972, 997, 1000; MünchKomm-Gottwald § 332 RdNr. 5; Bartholomeyczik, FS für v. Lübtow 729, 743f; Ehrenberg JherJb 41, 341, 380; Erman-H.P. Westermann § 332 RdNr. 1; Palandt-Heinrichs § 332 Anm. 2; Soergel-R. Schmidt § 332 RdNr. 3.

4 RGZ 154, 99, 109; RGZ 168, 177, 187. Ebenso BGH MDR 1963, 995.

5 RGZ 154, 99, 109.

Diese Ausführungen zeigen, daß nur eine Aufspaltung¹ des gleichzeitigen VzGD zu dogmatisch befriedigenden Ergebnissen kommen kann. Den Rechtserwerb des Dritten müßte man sich danach so vorstellen, daß durch einen Vertrag zwischen dem VE und dem VS eine Forderung für den VE begründet wird (Verpflichtungsgeschäft) und dann durch einen erneuten Vertrag zwischen dem VE und dem VS diese Forderung auf den Dritten übertragen wird (Verfügungsgeschäft).² Der Rechtserwerb wäre dann als vom VE abgeleiteter (derivativer) anzusehen.

Zu untersuchen ist jedoch, ob sich nicht aus dem Wortlaut, der subjektiven und objektiven Teleologie der §§ 328 ff BGB und aus den sonstigen von der h.M. für den originären Erwerb vorgebrachten Argumenten Bedenken gegen dieses Verständnis ergeben.

2. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB

Der Gedanke einer Rechtsnachfolge könnte nicht vereinbar mit dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB sein.

a. "Unmittelbar" in §§ 328 Abs.1, 329 und § 330 S. 1 BGB

Aus dem Wortlaut "unmittelbar" in §§ 328 Abs.1, 329 und § 330 S.1 BGB leitet die Rechtssprechung³ und ihr folgend ein großer Teil der Literatur⁴ den originären Erwerb

1 Dafür Hellwig und die ihm folgenden Autoren. Siehe dazu oben S. 10 FN 1 u. 2. Ferner Heilmann NJW 1968, 1853, 1854; Köster 36f. Dafür wohl auch Westermann, SaR § 3 II 4.

2 Ähnlich Esser-Schmidt, SchR AT 12, § 36 II FN: "Es handelt sich um zwei verschiedene Ebenen, die dem Vorstellungsbild von Verpflichtung und darauf beruhender Verfügung ähnelt."

3 siehe oben S. 28 FN 7.

4 siehe oben S. 29 FN 1.

ab. Man spricht sogar in diesem Zusammenhang von der "Unmittelbarkeitstheorie des Reichsgerichts."¹ "Unmittelbar" besagt zunächst einmal, daß eine Mitwirkungshandlung nicht zum Rechtserwerb erforderlich ist. Das ergibt sich aus den Materialien zum BGB.² Fraglich ist jedoch, ob "unmittelbar" nicht eine zweifache Bedeutung hat, und zwar auch i.S. von "ursprünglich" oder "originär".

aa. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist diese Auslegung durchaus möglich³, aber auch nicht zwingend.

bb. Das Wort "unmittelbar" könnte als besonderer Ausdruck i.S. von "originär" zu verstehen sein.

Durch das Wort "unmittelbar" soll in § 164 Abs. 1 S. 1 BGB ausgedrückt werden, daß die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäftes nicht zunächst in der Person des Vertreters und daraufhin beim Vertretenen, sondern sofort und ausschließlich beim Vertretenen eintreten. Das ist so zu verstehen, daß kein Zwischenerwerb des Vertreters, sondern ein originärer Erwerb des Vertretenen stattfindet.⁴ "Unmittelbar" könnte daher die gleiche Bedeutung haben wie "originär".

Nach § 143 Abs. 4 BGB ist Anfechtungsgegner bei einem einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft derjenige, der aus dem Geschäft "unmittelbar" einen

1 Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 179; Heck JW 1932, 2517, 2518.

2 Mot.II 268; Prot.I 752.

3 ebenso H.Thiele 28; Köster 9.

4 Erman-Brox RdNr. 18.

Vorteil gezogen hat. Anfechtungsgegner ist danach nur der, dem der Vorteil ohne Zwischenerwerb einer anderen Person zugute kam. Der Anfechtungsgegner darf daher kein Rechtsnachfolger sein.¹ "Unmittelbar" und "originär" wären daher auch hier synonyme Begriffe. Man könnte daher aus §§ 164, 143 BGB ableiten, daß das Gesetz das Wort "unmittelbar" i.S.v. "originär" verwendet.

Der Begriff "unmittelbar" findet sich jedoch noch an anderen Stellen im Gesetz. In den §§ 854, 868 BGB wird festgelegt, wann ein mittelbarer und wann ein unmittelbarer Besitz vorliegt. Ein unmittelbarer Besitz ist danach gegeben, wenn eine direkte Sachbeziehung einer Person besteht, und ein mittelbarer, wenn die Sachherrschaft über eine andere Person ausgeübt wird. "Unmittelbar" ist daher gleichbedeutend mit "direkt". In diesem Sinne wird "unmittelbar" häufig bei Auslegungsproblemen und Abgrenzungsschwierigkeiten verwendet. So sollte früher im Rahmen der §§ 812 ff BGB durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung festgelegt werden, ob direkt beim Empfänger kondiziert werden kann oder bei einer anderen dazwischengeschalteten Person.²

Auch bei §§ 164, 143 BGB könnte "unmittelbar" die Bedeutung von "direkt" haben. Bei § 164 BGB soll durch den Begriff klargestellt werden, daß kein Zwischenerwerb des Vertreters stattfindet, und bei § 143 BGB, daß Empfänger der Anfechtungserklärung kein Zwischenerwerber sein soll. Daraus kann man nur ableiten, daß der "un-

1 MünchKomm-Mayer-Maly § 143 RdNr. 21.

2 vgl. Erman-H.P.Westermann § 812 RdNr. 16.

mittelbare" Erwerb gleichbedeutend ist mit "Direkterwerb", Ausschluß eines Zwischen- oder Durchgangserwerbes.¹ Daraus kann man auf einen "originären" Erwerb schließen, wenn "Direkterwerb" und "originärer Erwerb" identische Begriffe sind.

Bei der Vorausabtretung wird teilweise trotz des Direkterwerbes eine Rechtsnachfolge angenommen.² Das zeigt schon die fehlende Identität der Begriffe. Mit dem "Direkterwerb" soll bei der Zession künftiger Forderungen lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht der Vorauszedent Gläubiger wird, sondern nur der Vorauszessionar. Durch die Verwendung des Wortes "direkt" soll erreicht werden, daß der Vorauszessionar die Forderung lastenfrei erwirbt. Der Begriff des "Direkterwerbes" wird gerade gewählt und damit eine neue Kategorie geschaffen, um keine Aussage bezüglich des Problems der Rechtsnachfolge machen zu müssen. Selbst wenn man also den "unmittelbaren" Erwerb als "Direkterwerb" ansieht, folgt daraus nicht ein originärer Erwerb.

1 in diesem Sinne wird "Unmittelbar" noch verwendet beim Erwerb des Anwartschaftsrechtes (vgl. BGHZ 20,88,96; BGHZ 28,16,22). Im Familien- und Erbrecht wird in den Surrogationsfällen anstelle des "Direkterwerbes" der Begriff "unmittelbar" gebraucht (vgl. Hofmann FamRZ 1972, 117,120; Schlüter § 14 II 1; M. Wolf JuS 1975,643,644ff). Im öffentlichen Recht wird in erster Linie der "unmittelbare" von mehreren Stören in Anspruch genommen (vgl. Götz 98 ff). Im Strafrecht wird bei § 263 StGB gefordert, daß die Vermögensverfügung den Schaden "unmittelbar" herbeiführen müsse, d.h. ohne weiteres eigenmächtiges Handeln des Täters (vgl. Wessels, BT-2, § 13 II 3); bei § 226 StGB muß die Todesfolge "unmittelbar" auf der Verletzungshandlung beruhen und darf nicht durch das Eingreifen eines Dritten herbeigeführt sein (vgl. Wessels, BT-1, § 5 V 1). In diesen Beispielen hat "unmittelbar" die Bedeutung von "direkt".

2 vgl. Gernhuber, BR 113 und unten Seite 79ff.

Außerdem erscheint es ohnehin wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffs "unmittelbar" zweifelhaft, daraus Schlußfolgerungen zu ziehen. Dazu hat E. Schneider treffend ausgeführt: "Gerade wegen seiner Mehrdeutigkeit ist das Wort beliebt. Wenn ein Autor spürt, eine These oder Norm müsse irgendwie begrenzt werden, aber nicht weiß, wie, dann zieht er sich gern mit dem Worte "unmittelbar" aus der Affaire."¹ Für die Richtigkeit dieser Aussage lassen sich viele Beispiele anführen, so im Schadensrecht im Rahmen der §§ 463², 635 u. 638³ BGB bei der Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden.⁴ E. Schneider warnt daher zu Recht vor der Verwendung des Wortes.⁵

Aus einem besonderen juristischen Gebrauch des Wortes "unmittelbar" läßt sich somit kein originärer Erwerb ableiten.

cc. Aus "unmittelbar" kann daher nur dann ein "originärer" Erwerb gefolgert werden, wenn die Verfasser des BGB das Wort in diesem Sinne verstanden wissen wollten.

1 E. Schneider § 15, 2.

2 vgl. Erman-Weitnauer vor § 459 RdNr. 50.

3 vgl. Palandt-Thomas vor § 633 Anm. 4 e mwN.

4 ferner bei der Funktion der Verkehrssicherungspflichten (vgl. Medicus RdNr. 643 u.646), bei der Frage, ob jemand nur mittelbar Geschädigter ist (vgl. Larenz, SchR AT § 27 II 3 u. § 30 I), bei der Begrenzung des Ersatzes von Schäden (vgl. Medicus RdNr. 835), bei § 119 Abs. 2 BGB bezüglich der Eingrenzung von Eigenschaftsirrtümern (vgl. Medicus RdNr. 138), im öffentlichen Recht beim enteignenden und enteignungsähnlichen Eingriff (vgl. Ossenbühl 153 ff mwN) und beim Umfang des Folgenbeseitigungsanspruchs (vgl. Ossenbühl 197 ff mwN). Im Strafrecht wird der Begriff "unmittelbar" besonders häufig verwendet; vgl. dazu Wessels, BT-1, §§ 5 III 3; 7 I 1, 2 b u.5; 8 II 3; 19 II 4 b; 22 II 1u.2; ferner Wessels, BT-2, §§ 1 III 2; 9 I 2; 13 II 3. u.4.

In den Motiven wird das Wort "unmittelbar" an einer Stelle¹ erläutert: "...unmittelbar, ohne daß irgendeine Mitwirkung, Akzeptation (im Sinne der Annahme einer Offerte) oder ein Beitritt desselben zu dem Verträge n^othig ist,...". Auch an anderen Stellen² wird deutlich, daß die 1. Kommission dem Wort "unmittelbar" keine zweifache Bedeutung zumaß. In der Sitzung vom 7.6.1882 wurde sogar in einem Beschluß ausgeführt: "... soll besonders hervorgehoben werden, daß der Dritte unmittelbar berechtigt wird, d.h. ohne daß ein Beitritt oder eine besondere Annahme des Dritten nach den für Verträge geltenden Grundsätzen erforderlich ist."³ In dem Beschluß wurde also "unmittelbar" ausdrücklich definiert und besaß daher nach der 1. Kommission keine zweifache Bedeutung. Diese Auffassung wird durch die 2. Kommission bestätigt. In den Protokollen heißt es: " ..., da es keineswegs Selbstverständliches sei, daß ein bei einem Vertrag nicht beteiligter Dritter aus diesem unmittelbar ein Recht erwerben könne,...".⁴ Daraus kann man schließen, daß auch die 2. Kommission "unmittelbar" nur in dem Sinne verstanden wissen wollte, daß eine Mitwirkung des Dritten nicht erforderlich ist.

Die h.M. hat der Wortlautinterpretation nicht immer entscheidendes Gewicht beigemessen. In den Fällen, in denen der VE eine Zeitlang Gläubiger der Forderung war, wurde teilweise ein abgeleiteter Erwerb angenommen,⁵ obwohl ebenfalls ein "unmittelbarer" Erwerb vorlag. Aus dem Wort "unmittelbar" läßt sich somit ein originärer Erwerb nicht ableiten.

1 Mot.II 268.

2 Mot.II 266f.

3 Jakobs/Schubert 504.

4 Prot.I 752.

5 RGZ 62, 46, 48; RGZ 66, 158, 161 f.

Insoweit ergeben sich daher aus dem Wortlaut keine Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzgD.¹

b. "Erwirbt" in § 328 Abs. 1 BGB und "entstehen"
in § 328 Abs. 2 BGB

Hoffmann entnimmt aus dem Wortlaut "entstehen" in § 328 Abs. 2 BGB und Wolf aus "erwirbt" in § 328 Abs. 1 BGB, daß die Materialien zum BGB von einem originären Rechts-
erwerb ausgingen.

Hoffmann begründet das damit, daß die Entstehung eines selbständigen Rechtes damals gleichgesetzt wurde mit originärem Erwerb und verweist als Beleg auf eine Stelle in einem Aufsatz von O.M. v. Gierke.² An der von Hoffmann zitierten Stelle³ ist aber nur darauf hingewiesen worden, daß nach damaliger Begriffsbildung "selbständig" "originär" bedeutet. Das Wort "selbständig" fehlt aber gerade in § 328 Abs. 2 BGB. O.M.v. Gierke begründet seine Auffassung vom originären Erwerb auch nicht mit dem Wortlaut des § 328 Abs. 2 BGB, sondern damit, daß die Motive an mehreren Stellen den Ausdruck "selbständiges Recht" verwenden,⁴ in den Protokollen auf die "beständige Rechtsprechung" hingewiesen wird,⁵ mit § 335 BGB⁶ und mit teleologischen Gesichtspunkten.⁷

1 ebenso Schwarz 23; Ruppert 23; Knoch 31; O.M.v.Gierke 18 u.26; Geginat 24; Ettlinger 51 ff; Borgmann 3; Hoffmann AcP 158,178,191; G.u.D. Reinicke NJW 1956, 1053; Stübler 33; Finger 68; Hinz JuS 1965,299,301 1.Sp.; Kipp-Coing § 81 V 2 c; Danz 249,261; Heck JW 1932, 2517,2518; Heilmann VersR 1980;516,518 FN 18; Köhlmorgan 80.

2 Hoffmann AcP 158,178,191 FN 66.

3 O.M.v.Gierke 27 Anm.117.

4 O.M.v.Gierke 27.

5 O.M.v.Gierke 27 f.

6 O.M.v.Gierke 28.

7 O.M.v.Gierke 27 f.

Wolf verweist als Beleg für seine Meinung, daß das Wort "erwirbt" in § 328 Abs. 1 BGB die Bedeutung von "originärer Erwerb", als Rechtsentstehung hat, auf die Motive und auf einen Aufsatz von G. u. D. Reinicke.¹ An der angegebenen Stelle in den Motiven² steht zum Wort "erwirbt" nichts, dafür aber etwas zur Auslegung von "unmittelbar", und zwar im Sinne einer Entbehrlichkeit einer Mitwirkungshandlung des Dritten. In dem Aufsatz von G. u. D. Reinicke wird aus der Ablehnung der Durchgangstheorie gefolgert, daß ein originärer Erwerb beim VzGD vorliegt.³ Zur Auslegung des Wortes "erwirbt" findet sich an keiner Stelle des Aufsatzes eine Aussage.

Aus den Worten "erwirbt" in den § 328 Abs. 1 BGB und "entstehen" in § 328 Abs. 2 BGB ergeben sich somit keine Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge.

c. "Vertrag" in §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB.

Gegen die Aufspaltung in zwei selbständige Verträge könnte der Wortlaut der §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB sprechen. Denn diese enthalten das Wort "Vertrag".⁴ Der Gesetzgeber hatte also wohl die Vorstellung, daß der Forderungserwerb nur aufgrund eines Vertrages erfolgte.

Mit dem Wort "Vertrag" soll ausgedrückt werden, daß die Rechtsfolge des § 328 Abs. 1 BGB auf dem übereinstimmenden Willen vom VS und VE beruht. Der Gesetzgeber hat zwar wohl bei Schaffung des § 328 BGB nur an den nach natürlicher Auffassung des Lebens einheitlichen Vorgang gedacht, aber

1 Wolf § 18 A III d FN 13.

2 Mot.II 268.

3 G.u.D.Reinicke NJW 1956,1053.

4 vgl.Dette 13; Papenheim 3; Griesche 22.

das verbietet nicht, den einheitlichen Vorgang aus rechtlichen Gründen dogmatisch aufzugliedern. Auch in § 414 BGB sind die Worte "durch Vertrag" enthalten und trotzdem wird von einem Teil der Literatur dieser Vertrag in zwei selbständige Rechtsgeschäfte aufgespalten. Die Annahme einer Trennung wird zwar nur von einem Teil der Literatur vertreten, aber auch die anderen Auffassungen nehmen eine Aufspaltung vor und wollen lediglich die Einheitlichkeit betonen.¹ Aus dem Wort "Vertrag" in den §§ 328, 333 u. 334 BGB ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Aufspaltung in zwei selbständige Verträge.

Bei einem VzGD sind nach den Ausführungen oben² ein verpflichtender und ein verfügender Teil zu unterscheiden, die zudem beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD noch zeitlich auseinanderfallen. Man könnte daher als "Vertrag" i.S.d. §§ 328 Abs. 1, 333 BGB sogar nur den verfügenden Teil ansehen, also die Abrede, daß die Forderung einem Dritten zustehen soll.³ Jedenfalls ergeben sich daraus keine Bedenken gegen die Annahme eines derivativen Erwerbs.

Eine Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD ist demnach mit dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB vereinbar.

3. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem Willen der Verfasser des BGB

Die Entstehungsgeschichte des BGB ist sowohl von der h.M.⁴ als auch von der Gegenansicht⁵ als Argument für bzw. gegen

1 siehe dazu oben S. 55ff.

2 siehe oben S. 52ff.

3 siehe dazu noch unten S. 104ff.

4 Kämper 13 FN 6; Harder 130; v. Lübtow, Erbrecht 1233.

5 Heck § 50,4; Geginat 24.

einen originären Erwerb vorgebracht worden, meistens aber ohne nähere Begründung.

a. Die Verfasser des BGB könnten sich der sog. Anwachungs- oder Kreationstheorie, die von einem originären Rechtserwerb ausging,¹ angeschlossen haben.² Daraus könnte man dann entnehmen, daß der Gesetzgeber den Rechtserwerb als originären ansah.³ Es findet sich in den Materialien jedoch keine Stellungnahme der Gesetzesredaktoren, aus der sich ein Eintreten für die Anwachungs- oder Kreationstheorie entnehmen ließe. Demgegenüber wurde in der Sitzung der 1. Kommission vom 18.10.1878 ein Vorschlag angenommen, als dessen Bedeutung bezeichnet wurde, daß er sich gegen die vor Inkrafttreten des BGB vertretenen Theorien richte.⁴ Daraus ergibt sich, daß die Verfasser des BGB sich keiner Theorie anschließen wollten.⁵

b. Man könnte daraus, daß der Gesetzgeber auch die vor Inkrafttreten des BGB vertretene Durchgangstheorie ablehnte, schließen, daß er von einem originären Rechtserwerb ausging.⁶ Die Durchgangstheorie versuchte, den Rechtserwerb als vom VE abgeleitet durch eine stillschweigende Zession zu erklären.⁷ Dagegen wandten sich die Verfasser des BGB. Sie wollten, daß der Rechtserwerb allein aufgrund des übereinstimmenden Willens von

1 siehe dazu oben S. 7.

2 v.Lübtow, Erbrecht 1233; Wüster 33; Gast 20.

3 v.Lübtow, Erbrecht 1233.

4 Jakobs/Schubert 496.

5 Kirschbaum 4; Heck JW 1932, 2517, 2518.

6 G.u.D.Reinicke NJW 1956, 1053.

7 siehe oben Seite 7.

VS und VE entstehe. Eine meist fingierte Mitwirkungshandlung des Dritten zu einem Zessionsvertrag lehnten sie somit ab.¹ Daraus folgt aber nicht, daß sie sich gegen einen abgeleiteten Erwerb wandten.

c. Mit der Entstehungsgeschichte des VzGD, ausgehend vom römischen Recht, hat in neuester Zeit Gottschalk den originären Rechtserwerb begründet.² Er weist zunächst darauf hin, daß die Vorstellung vom originären Rechtserwerb sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelt habe, und zwar zu der Zeit als man auf eine Mitwirkungshandlung des Dritten verzichtete. Gottschalk versucht nachzuweisen, daß dieser Strukturwandel im entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhang stehe.³ Nur bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts sei die kollektivistische Natur des Vertrages vorherrschend gewesen. Mit der kollektivistischen Natur meint Gottschalk die enge Bindung zwischen den Vertragsparteien. Die Kontrahenten sollen sich in der vertraglichen Vereinigung nicht als Individuen gegenüberstehen.⁴ Da bis zum 19. Jahrhundert eine Handlung des Dritten erforderlich und damit die Beziehungen vertraglicher Natur waren, sei es verständlich, daß man bis dahin eine Zession annahm. Durch den Verzicht auf die Mitwirkungshandlung habe der kollektive Vorgang nicht mehr stattgefunden.

1 vgl. Mot. II 265ff.

2 Gottschalk VersR 1976, 797ff.

3 Gottschalk VersR 1976, 797, 798.

4 Gottschalk VersR 1976, 797, 801. Ähnlich Dette 9.

Der VzGD in seiner heutigen Gestalt bedeute daher die "Negierung des Vertrages als Form des Miteinanderhandelns." Der VzGD sei eine "Erscheinung im Gefolge des Individualismus, der hier zum Durchbruch gekommen" sei. Der Subjektwechsel könne beim VzGD somit nur als individualistischer Vorgang gedeutet werden, dem nicht die Rechtsnachfolge, sondern der originäre Rechtserwerb entspreche.¹ So werde verständlich, warum gerade mit dem Strukturwandel dieses Rechtsinstitutes die Idee vom originären Rechtserwerb in die Rechtsprechung und in die Literatur ihren Einzug gehalten habe. Dieses sei eine überzeugendere Begründung als die bisherigen "formalen Erklärungen."²

Die Entstehungsgeschichte gibt zwar häufig Auskunft über die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser,³ aber mehr läßt sich daraus nicht herleiten. Daß der Strukturwandel des VzGD von der kollektivistischen zur individualistischen Natur den Gesetzesredaktoren bewußt gewesen ist, läßt sich nicht belegen. Gottschalk selbst spricht auch nur davon, daß der Strukturwandel hinsichtlich des Rechtserwerbes "empfunden" wurde⁴. Aus einem solchen "Empfinden" läßt sich aber kein einer Rechtsnachfolge entgegenstehender Wille der Gesetzesverfasser entnehmen. Daran sind strenge Anforderungen zu stellen. "Denn als "Wille des Gesetzgebers", der sich durch das Gesetz verwirklicht, kann man nur die in der Regelungsabsicht beschlossenen oder aus ihr folgenden Zwecke, Wertsetzungen und Grundentscheidungen bezeichnen, zu denen die am Gesetzgebungsakt Beteiligten in der Tat Stellung genommen haben."⁵

1 Gottschalk VersR 1976,797,802.

2 Gottschalk VersR 1976,797,802.

3 Larenz,ML 317.

4 Gottschalk VersR 1976,979,802.

5 Larenz,ML 317.

Diese Voraussetzung kann man durch den von Gottschalk geschilderten entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhang nicht als gegeben ansehen.

Da die Forderung durch den gleichzeitigen VzGD erstmalig entsteht, keine Zession vorliegt und eine Rechtsnachfolge im Wege einer sog. logischen Sekunde oder eines Direkterwerbes wie bei der Vorausabtretung noch nicht erörtert wurde, liegt es nahe, das Recht von vornherein in der Person des Dritten entstehen zu lassen. Dadurch läßt sich der "Strukturwandel", der durch den Verzicht auf die Mitwirkungshandlung eingetreten ist, einfacher erklären. Als weiterer Grund für den "Strukturwandel" und die Annahme eines originären Erwerbes ist die Vorstellung von der Subjektbezogenheit der Forderung zu nennen. Früher wurden Gläubiger und Schuldner als zum Wesen der Forderung gehörige Subjekte angesehen, so daß beim Wechsel der Subjekte eine Inhaltsänderung der Forderung vorlag.¹ Man kann daher die Schwierigkeiten eines Subjektwechsels ohne Änderung der Identität der Forderung vermeiden, wenn man die Forderung sofort dem Dritten zuordnet. Hier liegen m.E. die wahren Ursachen für die Annahme eines originären Erwerbes.²

1 siehe dazu noch unten S. 74f.

2 Das scheint auch heute noch verschiedentlich ein Grund für die Annahme des originären Erwerbes zu sein. Denn Kaduk, der beim VzGD einen originären Erwerb und bei der Vorausabtretung einen Direkterwerb annimmt, führt zur Zulässigkeit der Vorausabtretung aus: "Der heute herrschenden Meinung ist beizutreten. Die Denkschwierigkeiten die mit der Vorstellung einer Übertragbarkeit der Forderungen überhaupt verbunden sind, bestehen bei der Übertragung künftiger Forderungen nicht in höherem, sondern im geringeren Maß als bei der Übertragung bereits bestehender Forderungen." (Staudinger-Kaduk § 398 RdNr.43 b).

Die Ableitung des originären Erwerbes von Gottschalk aus der Entstehungsgeschichte ist daher abzulehnen.

d. Bedenken gegen einen Durchgangserwerb aus der Entstehungsgeschichte könnten sich daraus ergeben, daß die Verfasser des BGB die Vorstellung von einem originären Rechtserwerb hatten. In den Materialien wird an einigen Stellen der Begriff "selbständiges Recht" gebraucht.¹ Damit könnte ein originärer Erwerb gemeint sein, wenn "selbständig" zur damaligen Zeit die Bedeutung von "originär" besaß. "Selbständig" mag zwar verschiedentlich in diesem Sinne gebraucht worden sein, aber diese Bedeutung war jedenfalls nicht so bekannt, daß ein solcher Schluß gerechtfertigt ist. Diese Schlußfolgerung, die O.M. v. Gierke zieht,² wird auch schon dadurch unglaublich, daß die angegebenen Zitate³ nicht die von ihm gewünschte Auslegung belegen.

Als weiteres Argument, daß die Verfasser des BGB von einem originären Rechtserwerb ausgingen, wird ein Hinweis in den Protokollen auf die "beständige Rechtsprechung" vorgebracht.⁴ An der zitierten Stelle in den Protokollen⁵ geht es um die Abgrenzung des echten vom unechten Vertrag zugunsten Dritter. Es ist daher wenig überzeugend, daß die Erwähnung sich auf die gesamte Rechtsprechung zum VzGD beziehen soll. Außerdem ist nicht erkennbar, daß die Rechtsprechung damit bestätigt werden sollte.

1 Mot.II 266,267 u.268.

2 O.M.v.Gierke 27 FN 117. Ihm folgt Hoffmann AcP 158, 178, 191 FN 66. Ebenso ohne Begründung Heilmann VersR 1980,516,518 FN 17.

3 vgl. Busch,46; Unger Jher Jb 10,1,84.

4 O.M.v.Gierke 27f; Kämper 13.

5 Prot.I 754.

Allerdings wurde in der Sitzung der 1. Kommission vom 18.10.1878 ein Vorschlag angenommen, in dem es heißt: "Das Recht des Dritten ist in dem betreffenden Falle ein unmittelbar eigenes, d.h. ein von dem Rechte des Promissars nicht abgeleitetes."¹ Es ist daher durchaus möglich, daß die Verfasser des BGB bezüglich des VzGD die Vorstellung von einem originären Erwerb hatten.² Ob die Verfasser des BGB damit tatsächlich für einen originären Rechtserwerb eintraten, erscheint jedoch fraglich, da als Bedeutung des Vorschlags bezeichnet wurde, daß er sich gegen die vor Inkrafttreten des BGB vertretenen Theorien richte. Man könnte aber daraus, daß die 2. Kommission davon ausging, daß der Anspruch auf eine Lebensversicherungssumme den Nachlaßgläubigern nicht zur Verfügung stehe,³ entnehmen, daß die Forderung nach ihrer Vorstellung nur dem Dritten zustehe und nicht dem VE und seinen Gläubigern. Da dem Gesetzgeber nicht bekannt war, daß man wie bei der Vorausabtretung trotz des Fehlens eines Gläubigerrechts eine Rechtsnachfolge annehmen kann, könnte man daraus folgern, daß die Verfasser des BGB die Vorstellung von einem originären Rechtserwerb des Dritten hatten. Dann müßte diese Vorstellung zur Annahme ausreichen, die Gesetzesredaktoren hätten zu dem Problem "in der Tat Stellung genommen".⁴ Das ist aber nur denkbar, wenn den Gesetzesredaktoren die dogmatischen Grundlagen des VzGD bewußt waren. In den Motiven zum Erbvertrag zu Rechten Dritter findet sich jedoch die Aussage:

1 Jakobs-Schubert 496.

2 siehe dazu bereits oben S.67.

3 Prot.I 760.

4 Larenz, ML 317.

"..., daß, obschon der Vertrag zu Rechten Dritter nur im Recht der Schuldverhältnisse behandelt ist, die Erwägungen, welche zur Anerkennung eines solchen Vertrages geführt haben, nicht auf der besonderen Natur der Schuldverhältnisse beruhen."¹ Diese Aussage zeigt schon die Unsicherheit der Verfasser des BGB über die systematische Stellung und den Anwendungsbereich des VzGD.²

Bezeichnend für das fehlende Bewußtsein über die dogmatische Einordnung des VzGD ist ferner, daß die 1. Kommission Ausführungen dazu machte, ob der VzGD eine Ausnahme zu der Regel, "das einseitige Versprechen ist nicht bindend", darstelle. Dieses wurde deshalb untersucht, weil "der geeinte Wille der Vertragsschließenden ... im Verhältnisse zu dem Dritten als ein einseitiger erscheint."³ Weiter zeigt sich das fehlende Bewußtsein darin, daß die Frage der Anwendung von Formvorschriften der Rechtswissenschaft überlassen wurde.⁴ Daraus folgt, daß die Gesetzesredaktoren keine genügend klaren Vorstellungen über die dogmatischen Grundlagen des VzGD hatten. Deshalb kann aus etwaigen bewußten oder unbewußten Vorstellungen der Verfasser des BGB kein Argument gegen eine Rechtsnachfolge hergeleitet werden.⁵

d. Aus der Entstehungsgeschichte des VzGD könnte man sogar ein Argument gegen einen originären Erwerb vor-

1 Mot.V 348.

2 so auch Geginat 36; Papanikalaon 17 mwN ("Die harmonische Einordnung des Institutes in seinen einzelnen Auswirkungen in das System des BGB hat der Gesetzgeber der Theorie und Praxis anheimgegeben.").

3 Mot.II 269.

4 Mot.II 270.

5 Ähnlich G.u.D. Reinicke NJW 1956,1053,1054.

bringen. Vor Inkrafttreten des BGB wurde der VzGD noch von einer Mitwirkungshandlung des Dritten abhängig gemacht und der Erwerb als abgeleitet angesehen.¹ Man kann sich daher die Frage stellen, weshalb sich der Charakter des VzGD als abgeleiteter Erwerb durch den Verzicht auf die Mitwirkungshandlung ändern sollte. Daraus läßt sich keine Entscheidung gegen einen originären Erwerb herleiten, da man bei einer Zustimmung des Dritten eher zur Annahme eines Zessionsvertrages zwischen dem VE und dem Dritten gelangt. Aus der Entstehungsgeschichte läßt sich somit weder etwas für noch etwas gegen eine Rechtsnachfolge entnehmen.

4. Fehlende Normierung der Rechtsnachfolge

Heilmann leitet den originären Rechtserwerb aus dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ab, die zur Annahme einer Rechtsnachfolge notwendig sei.² Diese Notwendigkeit begründet Heilmann damit, "daß nach den Gesetzen der Logik ein Anspruch seinem Wesen nach mit der Person des Gläubigers und des Schuldners so verknüpft ist, daß er durch die Trennung von einer dieser Personen notwendig verändert wird."³ Als Beleg dafür verweist Heilmann auf das römische Recht.⁴

Der Auffassung Heilmanns kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil er nicht die gegenwärtige rechtliche Behandlung untersucht, sondern mit der römischen Rechtslage argumentiert. Im geltenden Recht gibt es kein solches Gesetz der Logik, wie Heilmann es vertritt. In

1 siehe Seite 5ff u. Gottschalk VersR 1976,797,798.

2 Heilmann ZHR 113,87,92f,NJW 1968,1853,1856 u. MDR 1969,431,433.

3 Heilmann ZHR 113,87,92.

4 Heilmann ZHR 113,87,92 u.NJW 1968,1853,1856.

seiner Aussage kommt die Vorstellung vom Wesen der Forderung als subjektbezogen zum Ausdruck. Damit ist die Frage angesprochen, ob eine Einzelrechtsnachfolge bei einer Forderung begrifflich überhaupt möglich ist. Von einer M.m.¹ wird behauptet, daß zum Wesen der Forderung als relatives Recht die Subjekte Gläubiger und Schuldner gehören. Bei einem Wechsel der Subjekte liegt danach notwendigerweise eine Inhaltsänderung der Forderung vor. Die M.m. legt § 398 S. 2 BGB, wonach "der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers" tritt, so aus, daß es sich begrifflich um keine Einzelrechtsnachfolge handele, sondern vom Gesetz nur so behandelt wird als wäre sie eine. Diese Vorstellung vom Wesen der Forderung geht bis in das römische Recht zurück, wo man auch die Übertragung einer Forderung für undenkbar hielt und daher als Ausweg eine Novation annahm. Die Forderung erlosch also und wurde mit dem gleichen Inhalt beim Erwerber Neubegründet.² Heute ist eine solche Vorstellung jedoch mit der h.M. abzulehnen, weil der persönlichen Beziehung der am Schuldverhältnis Beteiligten nicht mehr eine solch große Bedeutung beizumessen ist und die Forderung lediglich als Vermögensgegenstand, also als Objekt, anzusehen ist. Es liegt daher auch begrifflich eine Einzelrechtsnachfolge vor.³ Die Vorstellung von der Subjektbezogenheit der Forderung wird daher heute auch nur noch vereinzelt vertreten. Schließlich erscheint

1 Staudinger-Kaduk vor § 398 RdNr.11 u.13; Staudinger-Weber 11. Aufl., vor § 241 C RdNr. 22ff mwN; vgl. auch Esser, 2. Aufl., § 24, 3.

2 Giger 25f.

3 Gernhuber, BR 149; Bruns 100ff; Blomeyer vor § 42; Esser, 2. Aufl., § 24, 3 mwN.

es methodisch zumindest zweifelhaft, aus dem Wesen eines Rechtsinstitutes so weitgehende Schlußfolgerungen zu ziehen. Eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung ist daher zur Annahme einer Rechtsnachfolge bei einer Forderung nicht erforderlich.

5. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem Normzweck der §§ 328 ff BGB

Gegen eine Rechtsnachfolge ist auch vorgebracht worden,¹ daß diese nicht mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes, also mit dem Normzweck der §§ 328ff BGB, in Einklang stehe.

a. Mit diesem Hinweis kann zum einen gemeint sein, daß nach dem Normzweck die Forderung ausschließlich beim Dritten entsteht und daher der Erwerb ein originärer ist. Der Normzweck des VzGD besteht zwar darin, einem Dritten eine Forderung zuzuwenden und diese soll auch nur ihm zugewendet werden. Warum sollte auch der VE für einen kurzen Augenblick Gläubiger sein wollen? Daß nur der Dritte Gläubiger wird, ergibt sich ferner aus § 335 BGB, wonach der VE nur Leistung an den Dritten, aber nicht an sich verlangen kann. Da das erstmalige Entstehen einer Forderung aber, wie ein Vergleich mit der Vorausabtretung zeigt, nicht immer ein originärer Erwerb ist, folgt aus der ausschließlichen Rechtsentstehung beim Dritten nicht zwingend ein originärer Erwerb.

b. Jedoch könnte der Normzweck auf einen Schutz des Dritten hinsichtlich des Leistungsanspruchs gegenüber Gläubigern des VE gerichtet sein, was sich dogmatisch am besten mit einem originären Erwerb begründen ließe. In diesem Sinne könnte der Hinweis auf den Normzweck zu verstehen sein.

1 Köster 9.

Der VzGD ist geschaffen worden, um den Anforderungen des Verkehrs Rechnung zu tragen. Da das wirtschaftliche Bedürfnis für den Abschluß eines VzGD sehr unterschiedlich ist,¹ gibt es kein typisches oder gemeinsames Motiv für den Abschluß. Früher überwog zwar der Fürsorgecharakter, d.h. dem Dritten sollte aus Sorge um dessen Existenz eine gesicherte Position verschafft werden, aber schon die 2. Kommission hat diesen Gesichtspunkt als zu eng und irreführend angesehen.² Die "allgemeine wirtschaftliche Bedeutung" solle vielmehr darin bestehen, daß der VzGD "eine Zuwendung aus dem Vermögen des VS an den Dritten ermögliche ohne die Notwendigkeit der doppelten Übertragung des Vermögensgegenstandes zunächst vom VS an den VE, dann von diesem an den Dritten."³ Die Abkürzung des Leistungsweges kann zwar auch das Motiv zum Abschluß eines VzGD sein, aber die doppelte Übertragung einer Leistung wird auch durch eine bloße Ermächtigung des Dritten, eine Stellvertretung und eine Abtretung vermieden. Insoweit stellt der VzGD keine Erleichterung des Rechtsverkehrs dar. Die Erleichterung besteht darin, daß der Dritte bei dem Forderungserwerb nicht mitwirken muß. Daß er überhaupt eine Forderung erhält, erklärt schon die Entbehrlichkeit einer doppelten Übertragung des Gegenstandes der Forderung. Darin erschöpft sich die Bedeutung des VzGD also nicht.⁴

1 Geister 12 u.28.

2 Prot.I 755.

3 Prot.I 755.

4 anders die ganz h.M.: Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.2; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.1; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.5; Jauernig-Vollkommer § 328 Anm.I 1; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.10; Struck 33; W. Thiele, WuV BT 209.

Das allgemeine Bedürfnis für den VzGD ist daher weniger in dem Verschaffen einer Forderung zu sehen als vielmehr in dem Verzicht auf eine Mitwirkungshandlung des Dritten, die ansonsten bei einem Abtretungsvertrag erforderlich wäre. Durch den VzGD werden demnach §§ 398 ff BGB ergänzt; der VzGD soll eine erleichterte Form der Abspaltung eines Forderungsrechtes darstellen. Die oben erwähnten Formen zur Vermeidung einer doppelten Übertragung scheiden in diesem Zusammenhang aus, da der Dritte einerseits eine stärkere Position als bei einer Ermächtigung erhalten soll, andererseits der VE aber Vertragspartner bleiben soll.

Die Gründe für die Wahl eines VzGD sind sehr unterschiedlich.

Eine Abtretung kann zu spät erfolgen, so daß Gläubiger des VE auf die Forderung zugreifen könnten. In einem solchen Fall wäre also ein Schutz des Dritten bezweckt. Dieses dürfte auch ein entscheidendes Motiv zum Abschluß eines VzGD auf den Todesfall sein,¹ da nach der h.M. ein solcher zugewendeter Anspruch nicht zum Nachlaß gehört. Darüber hinaus kann ein Interesse daran bestehen, daß der Dritte erst nach dem Tode des VE von der Begünstigung erfahren soll.² Eine Mitwirkung des Dritten kann ferner unpraktikabel sein, etwa wegen der Vielzahl der begünstigten Personen, z.B. bei einem Tarifvertrag.³ Schließlich kann der Verzicht auf die Mitwirkung des Dritten allein aus Bequemlichkeit erfolgen. Das Motiv der

1 Borgmann 1 u. Kuhnle 20 bezüglich des Schutzes bei einem Lebensversicherungsvertrag.

2 M.Reinicke 170.

3 BAGE 6,321,340=AP § 328 Nr.4.

Vertragsschließenden ist also nicht in allen Fällen auf einen Schutz des Dritten gerichtet. Außerdem ist mit der Anerkennung des wirtschaftlichen Bedürfnisses durch das Gesetz nicht jedes Motiv der Vertragsschließenden als schützenswert anerkannt worden. Aus dem Normzweck ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Annahme einer Rechtsnachfolge.

Da der Normzweck des VzGD in der Ergänzung der §§ 398 ff BGB zu sehen ist, liegt es sogar näher, dieses Rechtsgeschäft genauso zu qualifizieren wie die Abtretung, also als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung.

6. Annahme einer Rechtsnachfolge trotz fehlenden Forderungsrechtes beim VE

Wie soeben beim Normzweck der §§ 328 ff BGB ausgeführt wurde, erhält der VE beim gleichzeitigen VzGD zu keinem Zeitpunkt ein Forderungsrecht auf Leistung an sich. Zur Annahme einer Rechtsnachfolge ist jedoch grundsätzlich Vollrechtserwerb des Rechtsvorgängers erforderlich.¹

Es ist daher fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsnachfolge trotz Fehlens des Rechtes beim Rechtsvorgänger angenommen werden kann.

a. Das Problem, wie man sich eine Rechtsnachfolge vorstellen soll, bei der der Rechtsvorgänger niemals Inhaber des abgeleiteten Rechtes wird, taucht auch noch an anderen Stellen im BGB auf, z.B. bei den sog. dinglichen Surrogationen, die an einen rechtsgeschäftlichen Erwerb anknüpfen und eine Subjektänderung kraft Gesetzes bewirken² (§§ 1416 Abs. 1 S. 2, 1473, 1646 u. 2041 BGB).

1 Gernhuber, BR 113; Oertmann, Rechtsbedingung 184.

2 MünchKomm-Hinz § 1646 RdNr.1; Lange-Kuchinke § 43 I 1.

In diesen Fällen tritt beispielsweise bei einem Verpflichtungsgeschäft, obwohl nach den allgemeinen Regeln der Vertragspartner, der durch seine Willenserklärung das Recht begründet, das Recht erwerben würde, dieses Recht sofort bei einem anderen Rechtssubjekt ein, um dessen Erwerb sicherzustellen. Sieht man die Surrogation als gesetzlichen Übertragungstatbestand an, liegt ein abgeleiteter Erwerb vor, obwohl der Rechtsvorgänger niemals Inhaber des Rechtes war.

Ferner taucht dieses Problem bei allen Vorausverfügungen auf, also bei Verfügungen über künftige Rechte. Mit dem Entstehen des Rechtes müßte dieses eigentlich bei dem Verfügenden eintreten, aber infolge der Vorausverfügung tritt es sofort bei dem Begünstigten ein. Die Problematik besteht bei jeder Vorausverfügung, nicht nur bei der Übertragung eines Rechtes, also auch bei der Belastung eines künftigen Rechtes. Es handelt sich trotz der Neuentstehung des Rechtes (Belastung) des Rechtes um einen derivativen Erwerb, weil auch die Aussonderung und Verselbständigung von Teilbefugnissen aus dem Inhalt des Rechtes des Vorgängers gebildet wird. Man spricht hier von einer "konstitutiven" (im Gegensatz zur "translativen") Rechtsnachfolge.¹ Zu diesen Vorausverfügungen ist auch die Verfügung über das sog. Anwartschaftsrecht zu zählen, da es dabei, wie Kupisch² nachgewiesen hat, in der Sache um die Verfügung über das künftige Eigentum geht.

In allen diesen Fällen soll es sich um das "logische

1 Larenz, AT § 13 V a.

2 Kupisch JZ 1976, 417ff.

Problem" handeln, daß zum selben Zeitpunkt 2 Rechtsfolgen eintreten, die miteinander nicht zu vereinbaren seien, nämlich Rechtsinhaberschaft von zwei Personen hinsichtlich desselben Rechts.¹ Überwiegend wird diese Problematik unter den Stichworten "Direkt- oder Durchgangserwerb" erörtert. Die Vertreter eines Durchgangserwerbes² wollen dabei an dem Ergebnis, dem ausschließlichen Eintritt der zweiten Rechtsfolge, nichts ändern. Sie wollen aber deutlich machen, daß es sich um eine Rechtsnachfolge handelt, und ordnen daher gedanklich, nicht zeitlich, das Recht für eine "logische" oder "juristische" Sekunde dem Rechtsvorgänger zu. Trotz dieses nur gedanklichen Zwischenerwerbes wird verschiedentlich bei den Vorausverfügungen daraus abgeleitet, daß Gläubiger des Vorausverfügenden auf das Recht zugreifen können.³ Dieses Ergebnis wollen gerade die Vertreter des Direkterwerbes⁴ vermeiden, indem sie den Eintritt nur der zweiten Rechtsfolge hervorheben.

-
- 1 Kupisch JZ 1976,417.
 - 2 Bei § 1416 Abs.1 S.2 BGB: Tiedtke FamRZ 1979,370, 371; Kipp-Wolff § 60 II 2; Gernhuber, FamR § 38 III 2; Palandt-Diedrichsen § 1416 Anm.3; RGRK-Schefler § 1416 RdNr.6; Staudinger-Felgentraeger § 1416 RdNr.5 u.31. Bei § 1646 BGB: Kipp-Wolff § 50 I 3; Dölle § 94 V 1; Siber JherJb 67,81,167. Bei den Vorausabtretungen: Egert 60; Medicus JuS 1967,385,388. Bei Verfügung über das künftige Eigentum (Anwartschaftsrecht): siehe die Nachweise bei Serick I, § 11 III 5 FN 103.
 - 3 vgl.dazu die Nachweise bei Marotzke 53ff.
 - 4 Bei § 1416 BGB: Haegele Rpfl 1965,371; Beitzke § 16 II 1; Erman-Bartholomeyczik § 1416 RdNr.5; Soergel-Gaul § 1416 RdNr.4. Bei § 1646 BGB: Beitzke § 28 I 4; Gernhuber, FamR § 54 III 1; Erman-Ronke § 1646 RdNr.2; MünchKomm-Hinz § 1646 RdNr.11. Bei den Vorausabtretungen: Esser, 4. Aufl., § 55 III ; v.Tuhr, AT II 1,392; Blomeyer § 43 IV; Soergel-R.Schmidt § 398 RdNr.11; BGHZ 26,185, 188; BGH WM 1960,395,396. Bei Verfügung über das künftige Eigentum (Anwartschaftsrecht) siehe die Nachweise bei Serick I, § 11 III 5 FN 106.

Sie können jedoch diesen Direkterwerb nicht dogmatisch einordnen, insbesondere hinsichtlich der Rechtsnachfolge.¹ Widersprüchlich argumentieren sie, wenn bei der Vorausabtretung im Konkurs des Vorauszedenten trotz des Direkterwerbes die Forderung wegen § 15 KO als zur Konkursmasse gehörig behandelt wird.² Weil weder der Durchgangs- noch der Direkterwerb zu befriedigenden Ergebnissen komme, will eine Mittelmeinung die Problematik allein nach sachlichen Wertungsgesichtspunkten entscheiden.³

Alle dargestellten Meinungen enthalten eine richtige Aussage. Die Vertreter des Direkterwerbes betonen zu Recht, daß nur der Eintritt einer der beiden Rechtsfolgen gewollt ist, und zwar der der zweiten. Die Vertreter des Durchgangserwerbes heben zu Recht hervor, daß es sich um eine Rechtsnachfolge handelt, und die vermittelnde Meinung gibt zu Recht zu bedenken, daß nicht in jedem Fall nur die zweite Rechtsfolge eintritt, sondern daß es auch bei der Anordnung der ersten Rechtsfolge bleiben kann. So könnte beispielsweise bei einer uneingeschränkten Anerkennung des Direkterwerbes eine Forderung, die nach Konkurseröffnung aus dem Verkauf eines Gegenstandes durch den Konkursverwalter entsteht und bereits vor Konkurseröffnung abgetreten war, nicht zur Konkursmasse eingezogen

-
- 1 Gernhuber, BR 113; Egert 61; Oertmann, Rechtsbedingung 184; Serick IV, § 47 IV 4.
 - 2 so Esser, 4. Aufl., § 55 II 2; Blomeyer § 43 IV 1. Darauf weist zu Recht Medicus JuS 1967, 385, 387f hin.
 - 3 Lempenau 114; Serick IV, § 47 IV 1 a; MünchKomm-Rotz § 398 RdNr. 64. Verfehlt ist es, nach dem Grad des Entstehens der Forderung zu unterscheiden: so aber Larenz, SchR AT § 47 § III; Palandt-Heinrichs § 398 Anm. 3 c; RGRK-Weber § 398 RdNr. 72.

werden. Sie hätte dem Gemeinschuldner niemals zugestanden. Dieses Ergebnis ist aber nicht mit dem Grundgedanken von § 15 KO vereinbar, so daß es beim Eintritt der ersten Rechtsfolge, der Forderungsentstehung beim Gemeinschuldner, bleibt und die Forderung eingezogen werden kann.¹ Es ist somit jeweils durch einen Vergleich der Wertungen des Gesetzes festzustellen, ob der Ausschluß der ersten Rechtsfolge mit dem Gesetz vereinbar ist.

Es handelt sich bei dem Problem daher nicht um ein "logisches", sondern um ein Problem der Normenkonkurrenz. Es wird dann zu einem "logischen", wenn man auch die erste Rechtsfolge eintreten lassen will. Gerade das will aber der Verfügungstatbestand (Vorausverfügung und Surrogationsnorm) verhindern. Dessen Rechtsfolge ist darauf gerichtet, daß nicht die erste Rechtsfolge eintritt, sondern das Recht sofort einer anderen Person zugeordnet wird. Der Verfügungstatbestand verdrängt also die Rechtsfolge der ersten Norm. Daß es sich um eine Normenkonkurrenz, bei dem sich die Anwendungsbereiche der Rechtsnormen in irgendeiner Hinsicht überschneiden,² handelt, ergibt sich daraus, daß der Verfügungstatbestand die Erfüllung der Voraussetzungen des ersten Tatbestandes erfordert. Die Surrogation ist nur wirksam, wenn die betreffende Person ohne die Surrogation Erwerber des Rechtes geworden wäre. Ebenso ist die Vorausverfügung nur wirksam, wenn das Recht später durch den Vorausverfügenden begründet wird oder kraft Gesetzes entsteht. Die Tatbestände der Surrogation und der Vorausverfügung erfordern also zusätzlich zu ihren sonstigen Voraussetzungen, daß der Tatbestand der Entstehung des Rechtes vorliegt.³

1 vgl. dazu Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 15 RdNr.9 e mwN.

2 vgl.dazu Georgiades 78; Larenz,AT § 14 IV mwN.

3 so bereits v.Tuhr,AT II 1,392. Wohl auch Siber JherJb 67,81,167f.

Insofern überschneiden sich die Rechtsnormen in ihrem Anwendungsbereich. Es liegt demnach eine verdrängende Normenkonkurrenz vor. Dadurch wird auch verständlich, daß, soweit die Rechtsfolge des Verfügungstatbestandes wegen der Wertungen aus anderen Vorschriften nicht eingreift, es beim Eintritt der ersten Rechtsfolge bleibt. Daher ist es z.B. möglich, wegen der Wertung des § 15 KO bei den Vorausabtretungen eine Verdrängung nicht zuzulassen. Es kommt daher bei der Frage der verdrängenden Normenkonkurrenz darauf an, die verschiedenen Wertungen der Rechtssätze miteinander in Einklang zu bringen. Die Rechtsnormen der dinglichen Surrogation und das Institut der Vorausverfügungen sind geschaffen worden, um die Begünstigten bzw. deren Gläubiger umfassend zu schützen,¹ und diese Wertung hat im Zweifel Vorrang vor den Interessen anderer Personen. Bei den Vorausverfügungen läßt sich der Schutz trotz fehlender Vorschriften dadurch rechtfertigen, daß der Begünstigte sich frühzeitig um eine Gestaltung der Rechtslage in seinem Sinne gekümmert hat.

Daß es sich bei den Vorausverfügungen um ein Problem der Normenkonkurrenz handelt, überrascht vielleicht, weil keine Rechtsnorm, sondern ein Rechtsgeschäft vorliegt. Jedoch ist damit nur die bedeutungslose Fragestellung angesprochen, ob das Rechtsgeschäft selbst der Geltungsgrund ist oder die Rechtsordnung, die dieses Rechtsgeschäft anerkennt.²

Jedenfalls ändert dieses nicht die Annahme einer Normenkonkurrenz. Da die Rechtsfolge des Verfügungstatbestandes (Vorauszession, Surrogation) nur eintritt, wenn die

1 Lange-Kuchinke § 43 I 1. M.Wolf JuS 1975, 643ff spricht von Bestandsschutz.

2 Flume § 1,2 mwN.

Voraussetzungen der Begründung des Rechts beim "Rechtsvorgänger" vorliegen, leitet sich das Recht vom "Rechtsvorgänger" ab.¹ Daß die Rechtsfolge beim "Rechtsvorgänger" nicht eintritt, beruht allein darauf, daß die zweite Norm dieses verhindert. Durch die Annahme einer Normenkonkurrenz läßt sich somit das dogmatische Problem der Möglichkeit einer Rechtsnachfolge trotz fehlenden Rechtes beim "Rechtsvorgänger" lösen.

Es ist demnach eine Rechtsnachfolge derart möglich, daß der "Rechtsvorgänger" ohne das Eingreifen eines Verfügungstatbestandes Rechtsinhaber geworden wäre, wenn die Rechtsfolge des Verfügungstatbestandes gerade auf den Ausschluß eines Rechtserwerbes beim Rechtsvorgänger gerichtet ist.

b. Diese Art der Rechtsnachfolge könnte auch beim gleichzeitigen VzGD gegeben sein. Beim gleichzeitigen VzGD sind nach dem oben Ausgeführten die Begründung einer Forderung für den VE und die Übertragung der Forderung auf den Dritten zu unterscheiden. Der Verfügungstatbestand, die Drittbegünstigung, ist dabei darauf gerichtet, daß die durch das Verpflichtungsgeschäft an sich eintretende Rechtsfolge, der Forderungserwerb durch den VE, nicht entsteht, sondern ausschließlich der Dritte die Forderung erwirbt. Die Rechtsnachfolge des Verfügungsgeschäftes ist somit auf den Eintritt des Rechtes beim Dritten und damit auf einen Ausschluß der Rechtsfolge des Verpflichtungsgeschäftes gerichtet, dessen Wirksamkeit aber Voraussetzung für die Entstehung eines Rechtes beim Dritten ist. Ohne die Drittbegünstigung wäre der VE der

1 daher schaffen die Vertreter eines Direkterwerbes mit dem Begriff "Direkterwerb" anstelle des üblichen Begriffs "originärer Erwerb" eine neue Kategorie.

Gläubiger der Forderung geworden.¹ Das erklärt sich schon daraus, daß er bei einem entsprechenden Willen der Parteien Gläubiger wird, soweit der Verfügungstatbestand nicht eingreift, z.B. wenn die Drittbegünstigung widerrufen wird (§ 328 Abs. 2 BGB), der Dritte das Recht zurückweist (§ 333 BGB) oder die Drittbegünstigung gegen § 138 BGB verstößt. Der aus den Vorausverfügungen und Surrogationsfällen abgeleitete Rechtssatz trifft somit auch beim gleichzeitigen VzGD zu. Ein Unterschied zu den Vorausverfügungen und Surrogationsfällen besteht jedoch darin, daß der Normzweck nicht auf einen Schutz des Dritten gerichtet ist.²

c. Nach dem soeben Ausgeführten liegt eine Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD trotz des Fehlens eines Rechtes beim VE vor, weil die Drittbegünstigungsklausel auch den Ausschluß des Rechtes beim VE beinhaltet. Dabei ist stillschweigend davon ausgegangen worden, daß die Begründung der Forderung beim VE möglich war und der Eintritt des Rechtserwerbes nur wegen des Eingreifens des Verfügungstatbestandes ausgeschlossen wird. Es lassen sich nun aber Fälle bilden, die unter die §§ 328 ff BGB fallen, bei denen aber eine Begründung der Forderung für den VE ausgeschlossen ist. Das ist gegeben, wenn sich die zu erbringende Leistung im Ver-

1 so Taute 21 ; M.Reinicke XII; Knoch 45. Vgl. ferner RGZ 153,220,228. Ferner wird der VE häufig als Gläubiger und der VS als Schuldner bezeichnet: Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.2; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.19ff; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.18; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 II; Erman-H.P.Westermann vor § 328 RdNr.5; Jauernig-Vollkommer § 328 Anm.II 3 a aa; Weise 7; Borgmann 1; Kuhnle 45.

2 vgl. oben S.78f.

mögen des VE befindet, der VS vom VE zur Übertragung der Leistung ermächtigt oder bevollmächtigt wird und ein Dritter im Wege eines VzGD den Anspruch auf die Übertragung erhalten soll.¹ Ein solcher Anspruch kann für den VE nicht begründet werden, da er noch der Rechtsinhaber ist und somit eine Übertragung an ihn nicht möglich ist. Ferner ist in den Fällen der Drittbegünstigung aus einem Lebensversicherungsvertrag auf den Todesfall, der Ausstattungs- und Ausbildungsversicherung eine Begründung der Forderung für den VE ausgeschlossen. Hier kann es nur darum gehen, wer außer dem VE, ein Dritter oder die Erben, die Forderung erhalten soll. Schließlich kann es in den Fällen des § 328 Abs. 2 BGB und des § 333 BGB gewollt sein, daß bei Wegfall der Drittbegünstigung keine Verpflichtung für den VS entsteht. In diesen Fällen ist somit eine Rechtsinhaberschaft des VE von vornherein gar nicht vorstellbar. Daraus wird teilweise die Unmöglichkeit der Annahme einer Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD gefolgert.²

In diesen Fällen beruhen die Unwirksamkeitsgründe auf Umständen, die sich aus der Beziehung des VE zur Forderung ergeben. Da die Rechtsfolge eines VzGD gerade einen Eintritt des Rechtes beim VE verhindert, kann es auf diese Umstände nicht ankommen. Sie können nur dann von Bedeutung sein, wenn es um eine Zuordnung des Rechtes an den VE geht, also wenn die Übertragung an den Dritten unwirksam ist oder aus anderen Gründen keinen Erfolg hat. In einem solchen Fall führt die Anwendbarkeit der genannten Unwirksamkeitsgründe dazu, daß eine

1 RGZ 98,279ff; BGHZ 41,95ff; Aberer 15; Struck 58 ff; BGH KTS 1967,158ff; BGH WM 1976,1130ff; Harder 131 ff mwN. Siehe auch unten S.159ff.

2 Harder 131 u.134.

Forderung für den VE nicht begründet wird.

Die Annahme einer Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD ist also mit dem Fehlen eines Rechtes beim VE und auch mit einer etwaigen Unmöglichkeit des Eintritts des Rechtes beim VE vereinbar.

7. Fehlende Identität des an sich beim VE eintretenden
Rechtes mit dem Recht des Dritten

Ein abgeleiteter Erwerb setzt voraus, daß das Recht des Rechtsvorgängers mit dem Recht des Rechtsnachfolgers identisch ist. Beim gleichzeitigen VzGD verhindert das zweite Rechtsgeschäft jedoch den Eintritt der Rechtsfolge des ersten Rechtsgeschäftes. Daher ist der Rechtssatz dahin zu ergänzen, daß das Recht, welches an sich beim Rechtsvorgänger eintreten würde, wenn nicht der Verfügungstatbestand eingriffe, mit dem allein entstehenden Recht des Rechtsnachfolgers identisch sein muß. Die Identität dieses Rechtes wird beim gleichzeitigen VzGD von einem Teil der Literatur generell oder nur für den Lebensversicherungsvertrag verneint.

Kühlmorgen begründet die Verschiedenheit der Rechte mit § 335 BGB. Da der VE nach § 335 die Leistung an den Dritten verlangen kann, und der Dritte ein solches Recht niemals vorher besessen habe, sei ein etwa übergegangenes Recht des VE um diese Befugnis gekürzt und könne daher nicht mit einem etwaigen Recht des VE identisch sein.¹ Gegen diese Meinung hat sich zu Recht Finger gewandt.² Er meint, daß die Auffassung Kühlmorgens im wesentlichen eine Behauptung sei, und daß das Recht nach § 335 BGB nicht unbedingt früher vorhanden gewesen sein müsse,

1 Kühlmorgen 81f. Wohl auch Heilmann KTS 1972, 14, 15.

2 Finger 73.

ebenso gut könne das Recht nach § 335 BGB neu entstanden sein. Ferner weist er darauf hin, daß es nur im Zweifel besteht und sich an der Art des Rechts-erwerbes bei dessen Nichtbestehen nichts ändere. Die Meinung Kühlmorgens ist somit abzulehnen.

Ähnlich wie Kühlmorgen begründet Schindel den originären Rechtserwerb damit, daß ein Versicherungsnehmer bei einem Lebensversicherungsvertrag das Recht besitze, Leistung an den Dritten zu verlangen. Dieses Recht stelle wegen seiner Verfügungsgewalt über die Versicherung einen Vermögenswert dar, den er verpfänden könne und den seine Gläubiger pfänden könnten. Der Gesetzgeber habe nun durch die Konstruktion der Lebensversicherungsverträge als VzGD eine Entscheidung dahin getroffen, daß dieser dem Versicherungsnehmer zustehende Anspruch völlig selbständig von der Position des Begünstigten zu betrachten sei. Die Forderung des VE ginge daher beim Tode des VE auch nicht auf den Begünstigten, sondern auf die Erben über.¹ Die Position des Versicherungsnehmers, die dieser bei seinem Tode innegehabt habe, bleibe also erhalten neben dem zu diesem Zeitpunkt voll entstehenden Anspruch des Dritten. Mit der Erhaltung dieser Stellung müsse man den originären Erwerb begründen, da ein derivativer Erwerb den Verlust eines Rechtes bei dem Rechtsträger voraussetze, was beim VzGD wegen § 335 BGB nicht gegeben sei. Aus der Zweigeleisigkeit, die sich deutlich in der Vorschrift des § 335 BGB zeige, folge somit der originäre Erwerb.²

Hiergegen ist wie bei Kühlmorgen einzuwenden, daß das Recht nach § 335 BGB nur im Zweifel besteht und daher

1 Schindel 17.

2 Schindel 14.

kein wesentliches und den VzGD prägendes Merkmal sein kann.¹ Das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Rechtes des VE kann somit allenfalls bedeutsam sein für die Frage, wem die Gestaltungsrecht zustehen,² und u.U. für die Problematik des Bereicherungsausgleichs bei Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses.³

Darüber hinaus sind das Recht nach § 335 BGB und das Forderungsrecht des Dritten nebeneinanderstehende, selbständige Rechte. Daß einem Rechtsvorgänger noch weiterhin andere Rechte verbleiben oder erst im Falle des Rechtsüberganges entstehen, ist nichts Außergewöhnliches. So ist es z.B. denkbar, daß ein Schuldner und ein Gläubiger für den Fall der Abtretung vereinbaren, daß der alte Gläubiger vom Schuldner Leistung an den neuen Gläubiger verlangen kann, oder daß der Gesetzgeber auch bei der Abtretung eine solche dem § 335 BGB entsprechende Vorschrift geschaffen hätte. Aus der Bestimmung des § 335 BGB oder aus dem Vorhandensein von anderen dem VE zustehenden Rechten, etwa dem Recht auf die Prämienreserve oder dem Kündigungsrecht bei einem Lebensversicherungsvertrag, kann sich daher kein Bedenken gegen einen abgeleiteten Erwerb ergeben.⁴

1 so auch Knoch 37.

2 vgl. Ruppert 116ff mwN.

3 vgl. BGHZ 58,184,188ff; Peters AcP 173,71,83f u.88f; Lorenz AcP 168,268,294 u. JuS 1968,441,444f; Wetzel 84f; MünchKomm-Gottwald § 334 RdNr.14.

4 so wohl Mehn 29 für den Lebensversicherungsvertrag.

8. Vereinbarkeit der Annahme einer Verfügung mit
dem Fehlen eines Rechtes beim VE

Nach ganz h.M. setzt eine Verfügung als Objekt des Rechtsgeschäftes ein bestehendes Recht voraus.¹ Beim gleichzeitigen VzGD wird der VE jedoch nicht Rechtsinhaber, so daß eine Einordnung in die Kategorie der Verfügung nicht möglich erscheint. Bei der Vorausabtretung, bei der auch kein bestehendes Recht den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildet, wird damit verschiedentlich die Unzulässigkeit der Vorausabtretung begründet.² Wegen des Erfordernisses des bestehenden Rechtes wird bei der Vorausabtretung teilweise auch von einem der Übertragung und der Verfügung ähnlichen Vorgang gesprochen.³ Daher könnte man aus der Unmöglichkeit der Einordnung des VzGD als Verfügung die Unzulässigkeit der Annahme einer Rechtsnachfolge ableiten.

Das Erfordernis des bestehenden Rechtes ergibt sich aus dem Sinn des Begriffs der Verfügung. Der Sinn besteht darin, daß die Verfügungsmacht als zusätzliches Tatbestandsmerkmal zu dem Rechtsgeschäft hinzukommen muß.⁴ Eine Rechtsgestaltung, die unmittelbar durch das Rechtsgeschäft eintreten soll, erscheint nur bei einem bereits vorhandenen Rechtsobjekt sinnvoll. Daher kann die Frage der Verfügungsbefugnis grundsätzlich nur bei bestehenden Rechten auftreten. Es hat sich jedoch gezeigt, daß ein Bedürfnis nach einer Rechtsgestaltung schon vor dem Entstehen des Rechtes besteht, um den Begünstigten schon von dem

1 Oertmann, Rechtsbedingung 184 mwN.

2 Pagenkopf 170.

3 StB 67.

4 Flume § 11,5 c; Larenz, AT § 18 II c; Pagenkopf 164.

Abschluß des Rechtsgeschäftes an umfassend zu schützen. Dieses Bedürfnis ist durch die Schaffung des Institutes der Vorausverfügungen anerkannt worden. Es genügt daher bei den Vorausverfügungen, bei denen die Rechtsfolge auf einen Ausschluß des Rechtes beim Rechtsvorgänger gerichtet ist, anstelle des Erfordernisses des bestehenden Rechtes, daß die Voraussetzungen des Entstehungstatbestandes später erfüllt werden. Dahingehend ist das Merkmal des "bestehenden Rechtes" bei Verfügungstatbeständen, deren Rechtsfolge auf einen Ausschluß des Rechtes beim Rechtsvorgänger gerichtet ist, zu ergänzen. Das würde für den gleichzeitigen VzGD bedeuten, daß er eine Verfügung über die zum selben Zeitpunkt entstehende Forderung darstellt. Da der Sinn der Verfügung in dem Erfordernis der Verfügungsmacht als zusätzliches Tatbestandsmerkmal besteht, müßte diese auch für den VE verlangt werden. Die Verfügungsmacht steht grundsätzlich dem Rechtsinhaber zu. Beim gleichzeitigen VzGD bestehen keine Zweifel, daß Rechtsinhaber, von dem die Forderung des Dritten abgeleitet wird, nur der VE sein kann. Auch die Verfügungsbeschränkungen knüpfen grundsätzlich an ein bestehendes Recht an (vgl. §§ 1, 6 KO), so daß das Erfordernis der Verfügungsmacht und damit eine Subsumtion des gleichzeitigen VzGD unter den Begriff der Verfügung sinnlos erscheinen könnte.

Jedoch kann die Rechtslage hinsichtlich der durch den Vertrag zwischen dem VE und dem VS begründeten Forderung bereits gestaltet sein, z.B. durch die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung einer künftigen Forderung. Würde man hierbei kein Fehlen oder keine Beschränkung der Verfügungsmacht des VE annehmen, so könnte die Gestaltung der Rechtslage mittels eines VzGD umgangen werden. In den Fällen, in denen die Rechtslage hinsichtlich der Forderung bereits gestaltet worden ist, fehlt somit dem VE die Verfügungsmacht, die er auf andere Weise

als die Begründung des Rechtes für ihn erhalten muß. Das kann z.B. durch eine Genehmigung des Berechtigten nach § 185 BGB geschehen. Aus der Einordnung des gleichzeitigen VzGD in die Kategorie des Verfügungsgeschäftes erklärt sich ferner die Abstraktheit des Rechtsgeschäftes. Nach ganz h.M. soll das sog. Valutaverhältnis, also das Verhältnis zwischen dem VE und dem Dritten, Voraussetzung für das Behaltendürfen der Forderung sein, aber unabhängig von dem Vertrag zwischen dem VE und dem VS.¹ Die Abstraktheit des VzGD ergibt sich daraus, daß die Verfügungen im deutschen Recht grundsätzlich abstrakt sind.² Demnach ist die Annahme einer Verfügung beim gleichzeitigen VzGD trotz des Fehlens eines Rechtes beim VE nicht nur möglich sondern wegen der u.U. fehlenden Verfügungsmacht und der Geltung des Abstraktionsprinzips sogar geboten. Das Erfordernis des bestehenden Rechtes bei einer Verfügung ist also bei Verfügungen, deren Rechtsfolge auf den Ausschluß des Rechtes beim Rechtsvorgänger gerichtet ist, dahin zu ergänzen, daß es genügt, wenn die Voraussetzungen für eine Rechtserstellung beim Rechtsvorgänger vorliegen bzw. später erfüllt werden.

9. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit den praktischen Ergebnissen eines originären Erwerbes.

Praktische Ergebnisse des originären Erwerbes sollen nach h.M. sein, daß die Forderung des Dritten nicht zum Nachlaß gehört und die Forderung, insbesondere ein Anspruch auf die Lebensversicherungssumme, nur

1 siehe dazu die Nachweise oben S.20ff.

2 Flume, § 12 III 1; Gernhuber, BR 14. Eine Ausnahme besteht bei der Verfügung über ein Verlagsrecht; vgl. § 9 VerLG u.BGHZ 27,90,94.

in beschränktem Maße den Nachlaßgläubigern, Pflichtteilsberechtigten und Gläubigern des VE zur Verfügung steht.¹ Diese Ergebnisse lassen sich einfacher mit dem originären Erwerb begründen. Das ist häufig der wahre Grund für die Annahme eines originären Erwerbes, der auf vielfache Weise konstruiert wird. Deshalb könnte die Verneinung des originären Erwerbes bedenklich erscheinen.

Die praktischen Auswirkungen sprechen jedoch nur dann gegen eine Rechtsnachfolge, wenn die Schlußfolgerungen feststehen und die Annahme eines originären Erwerbes der einzige Weg ist, diese Schlußfolgerungen dogmatisch abzusichern oder überzeugender zu erklären. Auf keinen Fall darf man aber umgekehrt das fragliche Ergebnis auf die begriffliche Alternative originärer oder derivativer Erwerb reduzieren und dann sogar noch das gewünschte Ergebnis unterstützend bei der Erörterung heranziehen. Ein solches Vorgehen ist als Begriffsjurisprudenz und weiter deshalb abzulehnen, weil die entscheidenden Wertungen nicht offengelegt und miteinander verglichen werden.

Die praktischen Schlußfolgerungen stehen beim VzGD keineswegs so fest, daß es nur darum gehen kann, diese dogmatisch abzusichern. Vielmehr werden die Ergebnisse formal mit dem originären Erwerb begründet und nur selten wird überhaupt eine Interessenabwägung vorgenommen. Eine Ableitung von Wertungen aus dem Gesetz fehlt fast völlig. Gerade aber die bedeutendsten Schlußfolgerungen aus dem originären Erwerb, die Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß bzw. die Anwendbarkeit von Lebendenrecht auf den VzGD i.S. v. § 331 BGB erscheint sehr bedenklich, da dabei möglicherweise Wertungswidersprüche zu anderen Vorschriften, insbesondere zu den §§ 226 KO und 2301 BGB auftauchen. Das wird auch sogar teilweise von den Vertre-

1 siehe dazu unten 2. Teil, B.

tern der h.M. anerkannt. Auch aus dem Vertrauen in eine ständige Rechtsprechung läßt sich kein nur noch dogmatisch abzusicherndes Ergebnis entnehmen, da dadurch Wertentscheidungen des Gesetzgebers nicht aufgehoben werden können. Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge beim gleichzeitigen VzGD wegen der praktischen Ergebnisse infolge der Nichtannahme eines originären Erwerbes bestehen daher nicht. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, daß man trotz der Ablehnung eines originären Erwerbes zu den gleichen Ergebnissen gelangt wie bei ihrer Annahme, auch wenn dieses gleichwohl schwerer fallen dürfte.¹

10. Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge aus einem Vergleich zur Abtretung

Aus einem Vergleich zur Abtretung sind schon häufig Bedenken gegen einen derivativen Erwerb hergeleitet worden.²

a. Kämper verneint einen abgeleiteten Erwerb, weil sonst kein Unterschied zur Abtretung bestünde und § 328 BGB im Hinblick auf § 398 BGB überflüssig wäre.³

Beim VzGD findet eine Einigung zwischen dem Gläubiger (VE) und dem Schuldner (VS) statt und bei der Abtretung zwischen dem neuen und dem alten Gläubiger. Dieser Unterschied bezüglich der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen besteht daher auf jeden Fall, und zwar der der unterschiedlichen Beteiligung der Personen. Außerdem wird § 328 BGB bei der Annahme eines Übertragungsgeschäftes nicht überflüssig, da der Normzweck des VzGD gerade in einer Ergänzung der §§ 398 ff BGB besteht.

1 siehe dazu unten 2. Teil, A.

2 so Knoch 37.

3 Kämper 12.

Der VzgD stellt durch den Verzicht auf die Mitwirkung des Dritten eine erleichterte Form der Übertragung dar. Die Meinung von Kämper ist schließlich deshalb abzulehnen, weil es methodisch unrichtig ist, aus der Konkurrenz zur Abtretung solche Schlußfolgerung zu ziehen. Soweit sich zwei Rechtsinstitute oder Rechtsnormen in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, ist lediglich zu untersuchen, ob und inwieweit eine normenverdrängende Konkurrenz vorliegt. Liegt eine solche nicht vor, sind beide nebeneinander anwendbar. Keinesfalls ist aber eine Rechtsnorm so auszulegen, daß ihr im Verhältnis zu einer anderen Norm ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt, was zudem bei der Abtretung und dem VzgD wegen der unterschiedlichen Beteiligung gegeben ist.

b. Bedenken könnten sich weiter daraus ergeben, daß das Gesetz als rechtsgeschäftliche Übertragungsform ausschließlich einen Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger vorsieht. Aus den Gesetzesmaterialien¹ und der Überschrift des Vierten Abschnittes (§§ 398 ff BGB) "Übertragung der Forderung" ergibt sich, daß die Verfasser des BGB die Abtretung, also die Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, als das alleinige Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung ansahen. Daraus könnte man schließen, daß zur rechtsgeschäftlichen Übertragung einer Forderung immer eine Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger vorliegen muß und eine Einigung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner zugunsten des nicht am Rechtsgeschäft beteiligten, neuen Gläubigers nicht möglich ist. Der Gesetzgeber kann diese Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Beteiligung bei der Schaffung der §§ 398 ff BGB jedoch nicht bedacht haben, da die dogmatische Einordnung des

¹ Mot.II 119.

VzGD nicht geklärt war und bei den Verfassern des BGB Unsicherheit über den Anwendungsbereich des VzGD bestand.¹ Eine abschließende Regelung i.S. einer Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger hat der Gesetzgeber mit der Gleichsetzung von Abtretung und Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung demnach nicht getroffen.

c. Eine Ausschließlichkeit der Abtretung als rechtsgeschäftliche Übertragungsform könnte sich aber aus dem Grundsatz des "numerus clausus der Verfügungen" ergeben. Mit einem solchen Grundsatz wird u. a. die Zulässigkeit der Vorausabtretungen abgelehnt.² Durch die Anerkennung eines solchen Grundsatzes sollen aber nur sog. "Privatschöpfungen" verhindert werden. Damit ist gemeint, daß man keine neuen vom Gesetz nicht vorgesehenen Verfügungen schaffen dürfe. Die Auslegung eines vom Gesetz zugelassenen Instituts als Verfügung verbietet er jedoch nicht.

Eine abschließende Regelung der Abtretung als alleiniges Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung läßt sich somit nicht begründen. Aus einem Vergleich zur Abtretung ergeben sich demnach keine Bedenken.

11. Bedenken gegen eine Rechtsnachfolge aus der systematischen Stellung der §§ 328 ff BGB

Gegen eine Rechtsnachfolge ist schließlich noch die systematische Stellung des VzGD angeführt worden.³ Damit kann zum einen gemeint sein, daß der VzGD bei der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Übertragung ein

1 siehe dazu oben S.73.

2 Pagenkopf 150.

3 Wetzlar 9.

dingliches Rechtsgeschäft ist, was mit der Stellung des VzGD im Schuldrecht nicht zu vereinbaren ist. Eine solche Auffassung wäre aber wegen der Verwechslung der Begriffe dingliches und verfügungsrechtliches Geschäft abzulehnen.¹

Heute ist anerkannt, daß beide Begriffe streng zu unterscheiden sind, da es auch im Schuldrecht zahlreiche Verfügungen gibt, wie etwa Erlaß, Aufrechnung, Abtretung und nach der wohl h.M. überdies die Leistungsannahme. Mit dem Hinweis könnte aber auch gemeint sein, daß der VzGD bei der Annahme einer Rechtsnachfolge eine Verfügung sei und eine Verfügung im Schuldrecht nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen angenommen werden könne. Damit wäre dann wieder der Grundsatz des "numerus clausus der Verfügungen" angesprochen, aus dem sich, wie bereits dargestellt, nichts gegen eine Rechtsnachfolge herleiten läßt. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der systematischen Stellung des VzGD etwas gegen einen derivativen Rechtserwerb des Dritten ergeben könnte.

Demnach ist der gleichzeitige VzGD unter den Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung zu subsumieren. Durch Vertrag zwischen dem VE und dem VS wird also die gleichzeitig begründete Forderung derart auf einen Dritten übertragen, daß die Forderung direkt beim Dritten entsteht, und der VE nicht einmal für einen kurzen oder einen "logischen" Augenblick Gläubiger wird. Der gleichzeitige VzGD stellt somit eine Verfügung und einen abgeleiteten Erwerb dar, obwohl der VE niemals Rechtsinhaber wird und u.U. nicht einmal werden kann. Das läßt sich damit rechtfertigen, daß die Drittbezugsklausel auf einen Ausschluß eines Rechtserwerbes beim VE gerichtet ist. Die gegen eine Rechtsnach-

1 vgl.dazu Medicus RdNr.26; Flume § 11,2.

folge und für einen originären Erwerb vorgebrachten Argumente der h.M. haben sich als nicht stichhaltig erwiesen.

C. Der nachträgliche VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung

Beim nachträglichen VzGD ist der VE bei Abschluß eines VzGD bereits Gläubiger einer Forderung gegen den VS. Deshalb liegt bei dieser Art des VzGD der Gedanke an eine Rechtsnachfolge sehr viel näher als beim gleichzeitigen und beim vorzeitigen VzGD, bei denen der VE nicht einmal für einen kurzen Augenblick Gläubiger wird.

I. Der nachträgliche VzGD als Novation zugunsten eines Dritten

Die Möglichkeit eines VzGD über eine bereits bestehende Forderung wird von einem Teil der Literatur¹ als Novation konstruiert, d.h. die dem VE zustehende Forderung wird erlassen (§ 397 BGB), und eine inhaltsgleiche Forderung entsteht durch Abschluß eines gewöhnlichen VzGD in der Person des Dritten.

Allein der Rückgriff auf die Novation, die ein "historisches Relikt in der Schuldrechtsdogmatik" darstellt,² ruft schon Bedenken hervor.

Diese Rechtsfigur wurde vor allem im römischen Recht verwendet, um die gedanklichen Schwierigkeiten, die sich aus der Übertragung einer Forderung ergeben, zu vermeiden³. Heute hat die Novation daher kaum noch

1 Harder 135; v.Lübtow, Erbrecht 1234; Heilmann MDR 1969, 431, 433 u. KTS 1969, 14, 15; Esser, 4. Aufl. § 53 III; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr. 10; Erman-H.P. Westermann vor § 328 RdNr. 7. Dagegen: Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 2; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 105; Staudinger-Kaduk § 328 RdNr. 15.

2 MünchKomm-Söllner § 305 RdNr. 24; Staudinger-Kaduk § 305 RdNr. 42.

3 vgl. Ebel 212f.

praktische Bedeutung.¹ Die Zulässigkeit wird auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung heute überwiegend bejaht. Sie ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, da die Parteien die Möglichkeit haben, ein Schuldverhältnis aufzuheben und auch es neu zu begründen. Daher ist nicht einzusehen, warum sie nicht beide Rechtsgeschäfte derart verbinden können, daß die Begründung des neuen zugleich die Aufhebung des alten zur Folge hat.²

Da ein Erlaßvertrag und ein VzGD jeder für sich genommen zulässig sind, dürften auch keine Bedenken gegen eine Kombination von beiden Rechtsgeschäften bestehen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Novation interessengemäß ist. Da Kennzeichen einer Novation die völlige Veränderung der Schuld ist, erlöschen nach h.M. die für die Forderung bestellten Sicherungsrechte und die Einwendungen des Schuldners.³ Dieses ist aber bei einem nachträglichen VzGD für den Dritten als Gläubiger und den VS als Schuldner in aller Regel nicht interessengemäß.

Harder⁴ nimmt daher als Ausweg entgegen der h.M.⁵ ein Erhaltenbleiben der genannten Rechte an. Er verweist dabei zur Begründung lediglich auf eine Stelle bei v. Lübtow.⁶ Dieses erscheint jedoch als zweifelhaft, weil v. Lübtow sich an der angegebenen Stelle mit der Veränderung des Schuldgrundes (Darlehn statt Kauf) beschäftigt, während es hier um die Veränderung der Gläubigerstellung geht. Aber selbst wenn man darin keinen Unterschied sieht und darüber hinaus auch die M.M. für richtig erachtet, liegt dennoch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Übertragung vor. Es besteht

1 Esser-Schmidt, SchR AT I 1, § 21 II; Larenz, AT § 7 III.

2 Staudinger-Kaduk § 305 RdNr.42.

3 MünchKomm-Söllner § 305 RdNr.24.

4 Harder 135 FN 78; Brecher zitiert bei Harder 135 FN 77.

5 Zur h.M. siehe die Nachweise bei v. Lübtow, Darlehn 159 FN 90.

6 v.Lübtow, Darlehn 160.

daher bei einer solchen Vorstellung von einer Novation kein Unterschied zur Annahme einer Übertragung. Rechtlich wird zwar formal die Identität des Rechtes aufgegeben, aber der Sache nach wird sie beibehalten. Bezüglich der Annahme eines Verfügungsgeschäftes ergeben sich ebenfalls keine Abweichungen, da für eine Novation Verfügungsmacht erforderlich ist und die an den Begriff der Verfügung anknüpfenden Vorschriften und Prinzipien Anwendung finden. Nur wird dieses Problem vom VzGD weg zum Erlaßvertrag hin verlagert. Wenn somit in der Sache kein Unterschied besteht, dann bestehen auch keine Bedenken, rein formal eine Rechtsnachfolge anzunehmen. Es scheint daher so, als ob die Konstruktion der Novation nur benutzt wird, um die Auffassung vom originären Erwerb aufrechterhalten zu können. Auch bei den anderen Autoren, die eine Novation annehmen, scheint dieses der wahre Grund für ihre Meinung zu sein. Zusätzlich kann bei einigen noch der Zweck verfolgt sein, die Vorstellung von der Subjektbezogenheit der Forderung und der Einordnung als Verpflichtungsgeschäft beibehalten zu können. Eine Novation ist somit beim nachträglichen VzGD in aller Regel abzulehnen. Sie ist jedoch dann möglich, wenn der Wille des VE und des VS auf einen Untergang der Sicherungsrechte und der Einwendungen gerichtet ist. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit zuzulassen.

II. Der nachträgliche VzGD als Übertragung zGD

Die Annahme einer Rechtsnachfolge ist somit zwar in aller Regel interessengerecht. Jedoch haben die Verfasser des BGB den nachträglichen VzGD nicht erwähnt. Da sich dazu in den Materialien keine Ausführungen

finden lassen, liegt eine Regelungslücke vor. Daher ist eine Rechtsnachfolge beim nachträglichen VzGD nur dann anzuerkennen, wenn der Normzweck der §§ 328 ff BGB dies gebietet.

Der Normzweck des VzGD besteht in einer Ergänzung der §§ 398 ff BGB. Der VzGD stellt eine Erleichterung des Rechtsverkehrs dar, indem er auf eine zustimmende Willenserklärung des Erwerbers verzichtet.¹ Diese Mitwirkung ist in bestimmten Fällen unpraktikabel und auch nicht notwendig, da der Begünstigte in aller Regel mit der Erlangung des rechtlichen Vorteils einverstanden sein wird. Die Praktikabilitätsgründe treffen auch für den nachträglichen VzGD zu. Das zeigt sich schon daran, daß es u.U. vom Zufall abhängt, ob die Drittbegünstigung sofort bei Begründung der Forderung oder gewisse Zeit später vereinbart wird.² Ein nachträglicher VzGD ist auch im Interesse des Dritten geboten. Es wird zwar auf eine Mitwirkung von ihm verzichtet, aber in aller Regel wird er mit der Begünstigung einverstanden sein, und, falls er es ausnahmsweise nicht ist, kann er den Rechtserwerb zurückweisen. Den nachträglichen VzGD als rechtsgeschäftliche Rechtsfolge anzusehen, ist ferner deshalb notwendig, weil sonst der gleichzeitige und der nachträgliche VzGD rechtlich unterschiedlich behandelt würden, der gleichzeitige als Übertragung und

1 siehe dazu oben S.77f.

2 Finger 64; Heilmann NJW 1968,1853,1854. Vgl. ferner Staudinger-Kaduk § 330 RdNr.23f; Josef JherJb 66,36, 48f; Heilmann KTS 1972,14,19 u. VersR 1972,997,1001; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.15; Dorow 53; sie halten die Differenzierung des RG zwischen ursprünglicher und nachträglicher Begünstigungsbezeichnung bei der Bestimmung des Schenkungsvertrages aus diesem Grunde für unrichtig.

der nachträgliche als Novation.¹

Nach dem Normzweck ist somit ein nachträglicher VzGD in der Form eines Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung anzuerkennen. Dieses Ergebnis wird auch in der Literatur und Rechtsprechung nicht bestritten. Die h.M. in der Literatur nimmt dafür sogar die Voraussetzungen für eine Analogie im Rahmen der §§ 398 ff BGB als gegeben an.² Wenn einmal Bedenken gegen dieses Ergebnis erhoben werden,³ beruhen diese auf einem falschen Verständnis vom gleichzeitigen VzGD und der Gleichsetzung von Abtretung und Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung. Daß die Verfasser des BGB die Möglichkeit eines nachträglichen VzGD nicht bedacht haben, dürfte seinen Grund vor allem darin haben, daß sie insbesondere den Lebensversicherungsvertrag zugunsten eines Dritten vor Augen hatten. Dort fällt die Begründung und die Übertragung aber in aller Regel zeitlich zusammen, wie überhaupt häufig bei vertraglichen Ansprüchen. Da die Gesetzesredaktoren aber auch keine Entscheidung gegen eine Rechtsnachfolge beim nachträglichen VzGD getroffen haben, bestehen insoweit auch keine Bedenken gegen die Anerkennung eines solchen nachträglichen VzGD.

- 1 für eine einheitliche Behandlung des nachträglichen und des gleichzeitigen VzGD: Finger 42 u.64; Fricke 5; Rückbeil 5; Breit 25; v.Lübtow, Erbrecht 1234; Harder 134; v.Spindler 46.
- 2 MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.105; MünchKomm-Roth § 398 RdNr.10; Erman-H.P.Westermann § 398 RdNr.1; Enneccerus-Lehmann § 78 II 5; Blomeyer, FS für Rabel 307,326ff; Kluckhohn 156ff; Grunsky 630; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.4; Staudinger-Kaduk vor §328 RdNr.69 u.74 a; J.Haas 182; Geginat 39. Siehe dazu näher oben S.43ff.
- 3 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.10.

III. Vereinbarkeit einer Rechtsnachfolge mit dem
Wortlaut der §§ 328 ff BGB

Da der Normzweck einen nachträglichen VzGD i. S. einer Rechtsnachfolge gebietet, hat die Frage der Vereinbarkeit mit dem Wortlaut lediglich noch dafür Bedeutung, ob die §§ 328 ff BGB insoweit direkt oder analog anzuwenden sind. Dieses wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

1. "unmittelbar" in §§ 328 Abs. 1, 329 u. § 330 S. 1 BGB

"Unmittelbar" kann nach den Ausführungen oben¹ als besonderer juristischer Ausdruck die Bedeutung von "direkt" haben. Daraus könnte man nun schließen, daß der Rechtserwerb immer "direkt" sein müsse, was beim nachträglichen VzGD nur bei der Annahme einer Novation möglich wäre. Die Bedeutung von "direkt" kann "unmittelbar" jedoch nur haben, wenn es um die Fragestellung geht, ob ein Zwischenerwerb einer anderen Person ausgeschlossen werden soll.² Diese Fragestellung ist beim nachträglichen VzGD aber sinnlos, da der VE bereits Gläubiger ist. Somit ergeben sich aus dem Wort "unmittelbar" keine Bedenken. Da somit dieses Wort je nach der Art des VzGD eine unterschiedliche Bedeutung hätte, sollte man einheitlich das Wort i.S. von "ohne Mitwirkung des Dritten" verwenden, was auch der Vorstellung der Verfasser des BGB entspricht.³

2. "Vertrag" in §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB

Mit dem Wort "Vertrag" hat der Gesetzgeber wohl den einheitlichen Vorgang, das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft, gemeint. Beim nachträglichen VzGD

1 siehe oben S.58ff.

2 siehe dazu oben S.60f.

3 siehe dazu oben S.62ff.

liegt aber das Verpflichtungsgeschäft zeitlich vor der Abrede an den Dritten und bei einem gesetzlichen Anspruch ist überhaupt keine Begründung durch einen Vertrag gegeben. Deshalb könnte eine direkte Anwendung der §§ 328 ff BGB abzulehnen sein.

Man könnte jedoch das Wort "Vertrag" so auslegen, daß darunter nur die Abrede zugunsten des Dritten fällt, also nur das Verfügungsgeschäft. Dann würde deutlicher zum Ausdruck kommen, daß die §§ 328 ff BGB nur die Besonderheiten regeln, die sich aus der Drittbegünstigung ergeben, während für das zugrundeliegende Schuldverhältnis die allgemeinen Regeln gelten. § 328 Abs. 1 BGB, der die nicht selbstverständliche Zulässigkeit des VzGD enthält,¹ wäre danach folgendermaßen ... zu lesen:

"Durch Vertrag² kann eine "kraft Gesetzes oder aufgrund eines Rechtsgeschäftes gleichzeitig entstehende oder bereits bestehende" Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern."

Diese Auslegung ließe sich auch bei § 333 BGB durchführen. Bei § 334 BGB dürfte man bei dieser Auslegung als Einwendungen nur die zulassen, die sich aus der Verfügung ergeben. Es sollen aber auch die Einwendungen, die sich aus dem Verpflichtungsgeschäft oder dem gesetzlichen Anspruch ergeben, erhaltenbleiben. Da es "Einwendungen aus dem Vertrag" bei kraft Gesetzes entstandenen Forderungen nicht gibt, muß § 334 BGB bei einem VzGD über gesetzliche Ansprüche analog angewendet werden.³ Daher könnte man bei vertraglichen An-

1 Prot.I 752.

2 siehe dazu noch unten S.238ff.

3 Heilmann NJW 1968,1853,1854.

sprüchen § 334 BGB weiter als in §§ 328 Abs. 1 u. 333 BGB auslegen und auch das Verpflichtungsgeschäft unter den Begriff "Vertrag" fallen lassen. Bei dieser Auslegung ist die Annahme einer Rechtsnachfolge beim nachträglichen VzGD mit dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB vereinbar. Daher sind die §§ 328 ff BGB beim nachträglichen VzGD direkt anzuwenden.

Ein nachträglicher VzGD ist daher i.S. einer Novation und auch i.S. eines Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung möglich. Was gewollt ist, ist im Wege der Vertragsauslegung festzustellen. Da in aller Regel ein Untergang der Sicherungsrechte und Einwendungen nicht interessengemäß ist, stellt die Novation eine Ausnahme dar.

D. Der vorzeitige VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung

Beim vorzeitigen VzGD vereinbaren der Gläubiger und der Schuldner einer künftigen Forderung, daß die Forderung mit ihrem Entstehen einem Dritten gehören soll.¹ Durch den vorzeitigen VzGD wird also im voraus über die Forderung des VE verfügt. Der vorzeitige VzGD entspricht daher insoweit der Vorausabtretung und würde ebenso wie diese ein Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung darstellen. Bedenken aus dem Fehlen eines Gläubigerrechtes beim VE würden dabei nicht bestehen.² Fraglich ist jedoch, ob diese bisher noch nicht erörterte Art eines VzGD überhaupt anzuerkennen ist.

1 siehe zu einem Beispielsfall die Einleitung.

2 siehe dazu oben S.79ff.

Aus dem Wortlaut der §§ 328 ff BGB ergeben sich keine Bedenken, wenn man das Wort "Vertrag" in §§ 328 Abs. 1, 333 u. 334 BGB wie beim nachträglichen und gleichzeitigen VzGD auslegt und zu der "Leistung" in § 328 Abs. 1 BGB auch eine künftige rechnet.

Die Verfasser des BGB haben zwar an den vorzeitigen VzGD nicht gedacht. Daraus läßt sich aber keine Wertentscheidung gegen einen vorzeitigen VzGD herleiten, da sich die Gesetzesredaktoren über den Anwendungsbereich und die dogmatische Einordnung des VzGD nicht im Klaren waren,¹ und sich auch das Bedürfnis nach Vorausverfügungen erst nach Inkrafttreten des BGB entwickelt hat.

Entscheidend kommt es somit darauf an, ob der Normzweck der §§ 328 ff BGB die Anerkennung eines vorzeitigen VzGD erfordert. Der Normzweck des VzGD besteht in einer Ergänzung der §§ 398 ff BGB zur Erleichterung des Rechtsverkehrs. Der vorzeitige VzGD könnte daher eine sinnvolle Ergänzung der Vorausabtretung darstellen. Fraglich ist daher, in welchen Fällen eine Mitwirkung eines Vorauszessionars an einem Zessionsvertrag nicht erfolgen kann bzw. nicht interessengemäß ist und daher durch einen Vertrag zwischen dem künftigen Gläubiger und dem künftigen Schuldner ersetzt werden muß. Um diese Frage beantworten zu können, muß zunächst Klarheit verschafft werden über die Besonderheiten der Vorausabtretung gegenüber einer gewöhnlichen Abtretung.

1 siehe dazu oben S.73.

I. Besonderheit der Vorausabtretung

Durch die Vorausabtretung sind die Vertragspartner in der Lage, die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen zeitlich auseinanderfallen zu lassen. Entscheidend ist dagegen, daß die Rechtsfolgen einer Zession vor dem Entstehen der Forderung mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes eintreten. Mit dem Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes gilt das Prioritätsprinzip.¹ Spätere rechtsgeschäftliche Verfügungen sind daher wegen der fehlenden Verfügungsbefugnis des Vorauszedenten unwirksam und Pfändungen von Gläubigern des Vorauszedenten kommen deshalb zu spät.² Im Konkurs des Vorauszedenten wird jedoch eine gewisse Einschränkung des Prioritätsprinzips vorgenommen. Die h.M. nimmt dort einen konkursfesten Erwerb nur bei Forderungen aus bereits bestehenden Rechtsverhältnissen an.³ Durch die Vorausabtretung wird also die Rechtslage hinsichtlich einer Forderung schon vor ihrem Entstehen in bestimmter Hinsicht gestaltet. Diese Rechtsgestaltung hat den Sinn, den Vorauszessionar möglichst frühzeitig bezüglich des Forderungserwerbes zu schützen. Die Anerkennung dieses Schutzes läßt sich von der Interessenlage her dadurch rechtfertigen, daß er sich als erster um eine Gestaltung der Rechtslage in seinem Sinne bemüht hat.

-
- 1 MünchKomm-Roth § 398 RdNr.60; W.Thiele, WuV AT 255.
 - 2 MünchKomm-Roth § 398 RdNr.66 mwN.
 - 3 siehe die Nachweise bei W.Thiele, WuV AT 255 f.

II. Der vorzeitige VzGD als notwendige Ergänzung der Vorausabtretung

Es ist somit zu untersuchen, wann ein Interesse besteht, die Zustimmung des Vorauszessionars durch einen vorzeitigen VzGD zu ersetzen.

Die Hauptanwendungsfälle der Vorausabtretung sind Sicherungsabtretungen, insbesondere also zugunsten von Banken und Lieferanten. Dabei wollen die Banken eine Sicherheit für einen Kredit bekommen, und die Lieferanten wollen einen Gegenwert für die von ihnen weggegebene Ware. In diesen Fällen ist immer eine rechtsgeschäftliche Beziehung gegeben und daher auch die Mitwirkung des Vorauszessionars in aller Regel möglich. Außerdem will der Vorauszedent die Rechtsbeziehungen zum Vorauszessionar nur sehr selten offenlegen. In diesen Fällen ist daher ein vorzeitiger VzGD nicht notwendig. Da der VE sich mit seinem künftigen Schuldner einigen muß, kommt ein vorzeitiger VzGD ferner nur dann in Betracht, wenn eine gewisse Sicherheit besteht, daß eine bestimmte Person demnächst Schuldner des VE wird. Eine solche Gewißheit wird nur selten bestehen, etwa bei bestehenden Rechtsverhältnissen und dauernden Geschäftsbeziehungen. Insoweit findet also schon rein praktisch eine Einschränkung des möglichen Anwendungsbereiches des vorzeitigen VzGD statt.

Gläubiger haben jedoch auch die Möglichkeit, eine künftige Forderung ihres Schuldners pfänden zu lassen. Daher könnten Gläubiger des VE die durch einen gleichzeitigen VzGD entstehende Forderung des Dritten pfänden. Da die Pfändung vor dem Abschluß des VzGD liegt, fehlt dem VE die Verfügungsbefugnis und die Abrede zugunsten des Dritten geht ins Leere. Falls der VE eine solche Pfändung befürchtet, ist die Vereinbarung einer Vorausabtretung aus den Gründen, die zum Abschluß eines

gleichzeitigen VzGD geführt hätten, nicht möglich bzw. nicht praktikabel. Da nach dem Normzweck des VzGD diese Gründe anzuerkennen sind, muß daher der VE in diesen Fällen eine vorzeitige Gestaltung der Rechtslage zugunsten eines Dritten herbeiführen können. Schutzwürdige Interessen der Gläubiger werden dadurch nicht verletzt, da sie auf andere Vermögensgegenstände zugreifen können oder sonst ihre Interessen ausreichend im dann erfolgenden Konkurs- oder Vergleichsverfahren berücksichtigt werden. Wegen der Möglichkeit von zwangsweisen Verfügungen von Gläubigern des VE stellt daher der vorzeitige VzGD eine notwendige Ergänzung der Vorausabtretung dar. Entsprechend dem Normzweck der §§ 328 ff BGB ist somit der vorzeitige VzGD anzuerkennen. Da Vorausverfügungen heute trotz fehlender gesetzlicher Grundlage allgemein anerkannt werden, bestehen auch insoweit keine Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Art von Verträgen zGD.

Durch einen vorzeitigen VzGD, der ein Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung darstellt, können demnach der Gläubiger und der Schuldner einer künftigen Forderung vereinbaren, daß die Forderung mit ihrem Entstehen einem Dritten zusteht. Ab dem Zeitpunkt des vorzeitigen VzGD gilt das Prioritätsprinzip.

Alle 3 Arten des VzGD sind demnach unter den Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung zu subsumieren, auch wenn beim gleichzeitigen und beim vorzeitigen VzGD der VE niemals Gläubiger wird und u.U. nicht einmal werden könnte. Entgegen dem Verständnis der h.M. ist mit dem VzGD nur die rechtsgeschäftliche Veränderung des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses gemeint und nicht auch noch bei einer Begründung durch Vertrag das Verpflichtungsgeschäft.

E. Zusammenfassendes Ergebnis zur dogmatischen Einordnung des VzGD in das System des BGB

I. Begriff des VzGD

Die h.M. sieht den gleichzeitigen VzGD als einen einheitlichen Vorgang an. Der VzGD soll die Begründung einer Forderung in der Person des Dritten und damit ein einheitliches Verpflichtungsgeschäft darstellen. Der bei natürlicher Betrachtungsweise einheitliche Vorgang beim gleichzeitigen VzGD muß jedoch aufgespalten werden in ein Begründungs- und ein Übertragungsgeschäft, wobei beide Rechtsgeschäfte vom VE und VS vorgenommen werden. Als VzGD ist aber nur die Drittbegünstigungsabrede, also nur das Übertragungsgeschäft, anzusehen und nicht das der Abrede zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft. Unter einem VzGD ist daher ein rechtsgeschäftlicher¹ Subjektwechsel vom VE auf einen Dritten bezüglich einer gleichzeitig entstehenden, einer bereits vorhandenen oder einer künftig entstehenden Forderung zu verstehen, wobei der Entstehungsgrund ein Rechtsgeschäft oder eine gesetzliche Vorschrift sein kann. Beim gleichzeitigen und vorzeitigen VzGD entsteht die Forderung ausschließlich beim Dritten und nicht einmal für eine sog. "logische" oder "juristische" Sekunde beim VE.

II. Der VzGD als Verfügung

Da der VzGD als ein Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung zu qualifizieren ist, ist der VzGD eine Verfügung. Eine Verfügung setzt zwar grundsätzlich als Objekt ein bestehendes Recht voraus, was beim gleichzeitigen und beim vorzeitigen VzGD nicht gegeben ist. Ausnahmsweise genügt es aber hinsichtlich des Objektes des Rechtsgeschäftes, daß die Voraussetzungen für das Ent-

1 siehe dazu noch unten 2. Teil, D IV, wonach beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE zur Rechtsübertragung ausreicht.

stehen des Rechtes vorliegen, und zwar, wenn die Rechtsfolge der Verfügung gerade darauf gerichtet ist, daß der Verfügende nicht Rechtsinhaber wird und das Recht sofort bei einer anderen Person entsteht. Die Verfügung verdrängt also das Eintreten der Rechtsfolge des Entstehungstatbestandes. Die Anerkennung einer solchen normenverdrängenden Konkurrenz läßt sich aus den Surrogationen und den Vorausverfügungen entnehmen. Der daraus abzuleitende Rechtsgedanke trifft auch beim gleichzeitigen und beim vorzeitigen VzGD zu. Die Abrede¹ zwischen dem VE und dem VS zugunsten eines Dritten stellt somit bei allen drei Arten von Verträgen zGD eine Verfügung dar. Aus dieser Subsumtion unter den Begriff der Verfügung folgt, daß die Vorschriften, die das Tatbestandsmerkmal "Verfügung" enthalten, und die für Verfügungen geltenden Prinzipien auf den VzGD anzuwenden sind. Im einzelnen bedeutet dieses:

1. daß die §§ 161, 185 und 816 BGB grundsätzlich auch beim VzGD anwendbar sind,
2. daß das Prioritätsprinzip gilt,
3. daß der VE beim Abschluß des VzGD die Verfügungsbefugnis bezüglich der Forderung besitzen muß, die ihm insbesondere fehlen kann, wenn er die Forderung vorausabgetreten hat und
4. daß das Abstraktionsprinzip gilt, wodurch erklärt werden kann, daß der VzGD ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, während die h.M. beim gleichzeitigen VzGD die dogmatische Eigenart erklären müßte, weshalb ein Rechtsgeschäft ein kausales und ein abstraktes Rechtsgeschäft darstellen kann.

¹ siehe dazu noch unten 2. Teil, D IV, wonach beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE zur Rechtsübertragung ausreicht.

III. Der VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung

Für die h.M. bestehen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des VzGD zur Abtretung. Einerseits geht die h.M. von einem originären Erwerb aus, andererseits nimmt sie wie bei der Abtretung eine Abspaltung des Gläubigerrechtes und eine Veränderung der Leistungspflicht zugunsten eines Dritten an. Durch die Subsumtion beider Institute unter den Begriff des Rechtsgeschäftes zur Übertragung einer Forderung wird die Zusammengehörigkeit und der Unterschied beider Institute deutlich. Der Unterschied besteht allein in der Verschiedenheit der am Vertragsschluß beteiligten Personen. Durch die Zusammengehörigkeit beider Rechtsinstitute wird verständlich, daß die Vorschriften der §§ 398 ff BGB wegen der vergleichbaren Interessenlage auch beim VzGD anzuwenden sind. Z.B. gehen analog § 401 BGB die für die Forderung bestellten Sicherungsrechte auch bei einem VzGD mit Über.

Durch die Anerkennung des VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung ist somit eine dogmatisch befriedigende Einordnung des VzGD in das System des BGB möglich. Dadurch ist auch eine einheitliche Konstruktion des VzGD gefunden worden, was der h.M. bisher nicht möglich war. Ferner können alle Arten von Verträgen zGD gleich behandelt werden, da man nicht mehr gezwungen ist, wegen der Annahme eines originären Erwerbes und eines Verpflichtungsgeschäftes beim nachträglichen VzGD eine nicht interessengemäße Novation zu konstruieren.

2. Teil: Überprüfung der wesentlichsten aus dem
originären Erwerb abgeleiteten Ergebnisse

Im zweiten Teil sollen von der Qualifizierung des VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung aus die Ergebnisse, zu denen die h.M. entsprechend ihrer Auffassung vom originären Rechtserwerb beim VzGD gelangt ist, überprüft werden. Dabei sollen nicht alle, sondern nur die Schlußfolgerungen untersucht werden, bei denen der Einfluß der Annahme eines originären Erwerbes besonders groß war.

Das bedeutendste Ergebnis ist, daß die h.M. die Forderung des Dritten bei einem VzGD auf den Todesfall (§ 331 BGB) nicht zum Nachlaß des VE rechnet. Heute wird die Fragestellung überwiegend so formuliert, ob die erbrechtlichen Vorschriften bei einem VzGD auf den Todesfall anzuwenden sind, wenn im Verhältnis des VE zum Dritten eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt. Diese Frage soll als erstes untersucht werden.

A. Anwendbarkeit von erbrechtlichen Vorschriften auf
einen VzGD i.S. v. § 331 BGB

Beim VzGD i.S. v. § 331 BGB erwirbt der Dritte erst mit dem Tode des VE die Forderung. Bis zu diesem Zeitpunkt hat er nur eine Chance, eine Hoffnung auf den Erwerb der Forderung, während der VE bis dahin weiterhin Verfügungsbefugter ist.¹ Das gleiche trifft für eine Verfügung von Todes wegen zu. Selbst bei einer erbvertraglichen Bindung erhält der Begünstigte zu Lebzeiten noch keine rechtlich geschützte Position und der Erblasser bleibt bis zum Tode Verfügungsbefugter (vgl. § 2287 BGB). Mit dem Tode² des Erblassers (VE) tritt dann bei beiden Rechtsgeschäften (VzGD i.S. v. § 331 BGB und Verfügung von Todes wegen) der Rechts-erwerb automatisch, ohne weiteres Zutun beim Begünstigten ein. Angesichts dieser Gemeinsamkeiten liegt der Gedanke nahe, daß durch einen VzGD i.S. v. § 331 BGB erbrechtliche Vorschriften umgangen werden, und zwar die Formvorschriften des Testaments oder des Erbvertrages und die Sachvorschriften über die Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses.

Die Frage der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften auf einen VzGD (i.S. v. § 331 BGB) ist seit Inkrafttreten des BGB bis heute umstritten.³

1 vgl.dazu Harder 125 mwN u. unten S.134ff.

2 vgl.dazu Kümpel WM 1977,1186,1190.

3 BGHZ 66,8,13 ("stets streitige Rechtsfrage");
Hinz JuS 1965,299,300.

I. Darstellung des Meinungsstandes

1. Herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung

Die h.M. lehnt es trotz der aufgezeigten Gemeinsamkeiten ab, den VzGD auf den Todesfall wie ein Vermächtnis oder eine Erbeinsetzung zu behandeln, und wendet daher weder die erbrechtlichen Formvorschriften¹ noch die jeweiligen Sachvorschriften (Erbeinsetzung oder Vermächtnis)² an. Soweit im Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, wendet sie die Regeln über die Schenkungen unter Lebenden an.³

1 RGZ 80, 175,177; RGZ 88, 137,139; RGZ 106,1,2; RGZ 128,186,189; BGHZ 41,95,96= NJW 1964, 1124,1125; BGH NJW 1965,1913; BGHZ 46, 198= NJW 1967, 101,102; KG NJW 1971,1808; BGH NJW 1975, 382,383= FamRZ 1976, 448,449; BGH NJW 1975,1360; BGHZ 66,8,12f= NJW 1976, 749; BGH WM 1976,1130; BGH WM 1978,895,896; Erman-H.P. Westermann § 328 RdNr.5; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.32 u. § 331 RdNr.9; Erman-Hense § 2301 RdNr.9; RGRK-Kregel § 2301 RdNr.17; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 37; Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.13; Palandt-Heinrichs § 328 Anm.4; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4b; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.19; Wieacker, FS für Lehmann 271,279; Dette 35 f.

2 BGHZ 66,8,15; BGH WM 1976, 1130. Gegen die Anwendung von Vermächtnisregeln RGZ 80,175,178 u. RGZ 88,137, 138. Siehe ferner die Nachweise zur Nichtzugehörigkeit der Forderung des Dritten zum Nachlaß des VE unten S. 117 FN 1.

3 Für § 2325: RGZ 128,187,188; Maß 33; Struck 79f. Für § 32 KO bzw. § 3 AnfG: RGZ 61,217,219; RGZ 62,46,48; RGZ 66,158; RGZ 106,1,2; Struck 82. Für § 2287: BGHZ 66,8,15; BGH WM 1130,1131. Gegen die Einordnung als Schenkung unter Lebenden RGZ 88,137,139.

Das hat zur Folge, daß die Forderung des Dritten kein Nachlaßbestandteil ist und nicht dem direkten Zugriff der Nachlaßgläubiger unterliegt.¹ Die Nachlaßgläubiger sind daher auf die Rechte aus der Schenkungsanfechtung nach dem AnfG (§ 3 Abs.1 Ziffern 3 u. 4) und der KO (§ 32 Ziffern 1 u. 2) verwiesen, die zudem bei einem Lebensversicherungsvertrag noch dadurch eingeschränkt werden, daß als Gegenstand der Schenkung nur die im letzten Jahr bzw. beiden letzten Jahren vor dem Tode des VE gezahlten Prämien angesehen werden.² Entsprechendes gilt für den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB³, und müßte auch für einen Bereicherungsanspruch des Vertragserben nach § 2287 BGB zutreffen.⁴ Der Erbe wird insofern schlechter gestellt, als er von der dem Dritten zugewendeten Forderung nichts erhält. Nach der h.M. muß er ferner noch dulden, daß das Objekt des dem Dritten zustehenden Anspruchs aus dem Nachlaß herausgenommen wird, wenn der VS zu dieser Übertragung vom VE ermächtigt bzw. bevollmächtigt wurde.⁵

Beispiel: Der VE bevollmächtigt den VS zur Übertragung einer dem VE gehörenden Sache und verpflichtet den VS zugleich im Wege eines VzGD, das Eigentum an der Sache dem Dritten zu übertragen.

1 RGZ 51,403,404 f; RGZ 61,217,218; RGZ 62,46,48;
RGZ 62,259,262; RGZ 66,158,159; RGZ 80,175,177;
RGZ 88,137,139; RGZ 128,187,190; RGZ 153,220,228.

2 RGZ 61,217,219; RGZ 66,158; RGZ 153,220,228.

3 RGZ 128,187,190f; BGH FamRZ 1976,616,617.

4 Darauf weisen zu Recht hin: Erman-Hense § 2301 RdNr.12; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b cc.

5 vgl. RGZ 98,279ff; BGHZ 41,95ff; BGH KTS 1967,158,159f; BGH WM 1976,1130f; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.39; Erman-Hense § 2301 RdNr.10; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr. 9; Harder 131f; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 25 RdNr.5; Dette 42ff; Hölscher 34ff.

Die h.M. wendet auch hier Schenkungsrecht an, so daß der Erbe das Eigentum an dem zum Nachlaß gehörenden Gegenstand auf den Dritten übertragen muß. Günstiger steht der Erbe aber, wenn er den "Wettlauf"¹ um das Zustandekommen des postmortalen Schenkungsvertrages gewinnt. Nach h.M. ist im Verhältnis des Erblassers (VE) zum Dritten, wenn kein sonstiger Rechtsgrund vorliegt, ein Schenkungsvertrag zwischen dem VE und dem Dritten erforderlich. Wenn diese Vereinbarung nicht schon zu Lebzeiten erfolgt ist, kann sie nur dadurch zustande kommen, daß der VS eine entsprechende Willenserklärung als Bote oder Stellvertreter abgibt.² Da die Rechtsfolgen aber nicht mehr den VE, sondern mit dem Tode des VE dessen Erben treffen, billigt man diesen ein Widerrufsrecht zu.³ Es kommt daher für das Behaltendürfen der Forderung darauf an, ob der VS zuerst dem Dritten Mitteilung von der Begünstigung macht und sich mit ihm einigt oder ob zuvor der Erbe das Widerrufsrecht ausspricht. Durch die Anerkennung eines solchen Widerrufsrechtes wird somit die Möglichkeit einer formlosen Zuwendung auf den Todesfall mittels eines VzGD wiederum sehr eingeschränkt.⁴

1 so Bühler NJW 1976, 1727, 1728.

2 RGZ 128, 186, 189; BGHZ 41, 95, 97 = NJW 1964, 1124, 1125; BGH NJW 1965, 1913, 1914; BGH NJW 1967, 101, 102; BGH NJW 1975, 382, 383; BGHZ 66, 8, 13; BGH WM 1976, 1130; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9; MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr. 5; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr. 32.

3 BGH NJW 1975, 382, 384; BGH WM 1976, 1130, 1131; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr. 9; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9; MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr. 5. AA: Dette 33.

4 Darauf weist zu Recht Medicus RdNr. 398 hin.

a. Begründungen der Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß

Früher wurde die Anwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften unter der Fragestellung untersucht, ob die Forderung des Dritten einen Bestandteil des Nachlasses des VE bildet.¹ Demgegenüber wurde die Nichtanwendbarkeit der Formvorschriften vom Reichsgericht nur in vier Entscheidungen² untersucht und in zwei Entscheidungen wiederum mit dem Hinweis auf die Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß³ bzw. den originären Erwerb⁴ verneint. Die Zugehörigkeit zum Nachlaß wurde vom Reichsgericht ausschließlich mit dem Hinweis auf das Wort "unmittelbar" in §§ 328 Abs.1, 329 u. 330 S. 1 BGB, also wegen des originären Erwerbes, verneint.⁵ Dieses wurde z.T. als "Unmittelbarkeitstheorie" des Reichsgerichts bezeichnet.⁶ Wenn das Recht des Dritten dem VE niemals vorher zugestanden hat, wird das Vermögen des VE durch den Abschluß eines VzGD nicht betroffen.⁷ Dann ist die Schlußfolgerung einleuchtend, daß das Recht nicht in den Nachlaß des VE falle und der VzGD auf den Todes-

1 vgl. den Titel der Dissertationen von Ledermann, Glaum und Draeger. Bezeichnend ferner Mehn 35: "Manche Schriftsteller bemühen sich, die Lösung der Nachlaßfrage durch Aufklärung des Verhältnisses des VzGD zu den Geschäften von Todes wegen zu finden."

2 RGZ 80, 175ff; RGZ 88, 137ff; RGZ 106, 1ff; RGZ 128, 186ff.

3 RGZ 80, 175, 177.

4 RGZ 88, 137, 139.

5 Siehe Seite 28 FN 7.

6 Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 179; Heck JW 1932, 2517, 2518; Schindel 14.

7 so Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1a; Ähnlich Damrau JurA 1970, 716, 736 (Der VE kann nur Vermögen von Todes wegen zuwenden, was er selbst besitzt).

fall nicht der Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften bedürfe.¹

Zusätzlich zu der Argumentation aus dem originären Erwerb wurde teilweise beim Lebensversicherungsvertrag auf § 167 Abs. 2 VVG² bzw. dessen Entstehungsgeschichte³ oder auf die Entstehungsgeschichte des VzGD⁴ hingewiesen. Diese zeigten, daß die Verfasser des BGB bzw. der spätere Gesetzgeber die Forderung des Dritten nicht als Nachlaßbestandteil behandelt wissen wollten. Die gleiche Konsequenz wird aus einem Umkehrschluß zu § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG gezogen⁵, wonach der VzGD auf den Todesfall steuerrechtlich wie eine Verfügung von Todes wegen behandelt wird.

Weiter wurde der Fürsorgecharakter, der insbesondere bei einem Lebensversicherungsvertrag in aller Regel vorliegt, als ausreichende Legitimation dafür angesehen, daß die Forderung kein Nachlaßbestandteil ist.⁶

1 RGZ 80, 175, 176f; RGZ 88, 137, 139; Struck 57.
Ähnlich Mehn 39.

2 § 167 Abs. 2 VVG lautet: "Soll bei einer Kapitalversicherung die Leistung des Versicherers nach dem Tode des Versicherungsnehmers erfolgen und ist die Zahlung an die Erben ohne nähere Bestimmung bedungen, so sind im Zweifel diejenigen, welche zur Zeit des Todes als Erben berufen sind, nach dem Verhältnis ihrer Erbteile bezugsberechtigt. Eine Ausschlagung der Erbschaft hat auf die Berechtigung keinen Einfluß."

3 Borgmann 4; Mehn 38; Schindel 17; MünchKomm-Gdtwald § 330 RdNr. 13; G.u.D. Reinicke NJW 1956, 1053, 1054. Winter ZVersW 1970, 39, 45; Grünmann 15; Köster 22; OLG Stuttgart NJW 1956, 1073. AA: Draeger 12 f; Knoch 6.

4 Hinz JuS 1965, 229, 302; Borgmann 4.

5 Schaefer 32, Geginat 19 FN 10. AA: Papenheim 10; Seyfferth 22.

6 Dorow 60 f. Vgl. auch Borgmann 4; Kuhnle 59; Mehn 46; Ehrenberg JherJb 41, 341, 405ff.

b. Begründungen der Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften.

Heute wird die Problematik vor allem unter dem Aspekt untersucht, ob die erbrechtlichen Formvorschriften bei einer Schenkung im Valutaverhältnis erfüllt sein müssen. Daß beide Fragestellungen, Zugehörigkeit zum Nachlaß und Anwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften für die h.M. einen sachlichen Zusammenhang bilden, ergibt sich insbesondere daraus, daß als Beleg für die Nichtanwendbarkeit der Formvorschriften auf die frühere h.M. zur Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß hingewiesen und insgesamt von einer gefestigten Rechtssprechung¹ gesprochen wird. Teilweise wird sogar Gewohnheitsrecht² angenommen oder zumindest ein schutzwürdiges Vertrauen des Rechtsverkehrs in eine ständige Rechtssprechung.³

Die Anwendbarkeit der erbrechtlichen Sachvorschriften wird demgegenüber nur sehr selten untersucht.⁴ Der Grund scheint - bewußt oder unbewußt - die Regelung des § 2301 BGB zu sein, wonach das Erfordernis der erbrechtlichen Formvorschriften auch über die Anwendung der erbrechtlichen Sachvorschriften entscheidet.⁵

1 BGHZ 41, 95,96; BGH NJW 1975, 382,383; BGH NJW 1965, 1913; Staudinger-Boehmer vor § 1922 § 25 RdNr.5.

2 Brox RdNr. 736; OLG Stuttgart NJW 1956, 1073, G.u.D. Reinicke NJW 1956, 1053,1054 für einen Lebensversicherungsvertrag.

3 BGHZ 66, 8,12.

4 BGHZ 66,8,14ff; BGH WM 1976, 1130.

5 siehe dazu unten S.131.

Die Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften wird damit begründet, daß der Dritte mit dem Tode des VE bereits die Forderung erworben habe und der Rechtserwerb daher bereits i.S. v. § 518 Abs. 2 BGB¹ oder § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen sei.²

Ferner wird behauptet, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 331 BGB ein formlos wirksames Rechtsgeschäft anerkannt habe,³ oder daß ausschließlich das Deckungsverhältnis für die Anwendung von Formvorschriften maßgebend sei.⁴ Weiter wird die Anwendbarkeit

1 RGZ 128, 187,189; BGH WM 1976, 1130; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b aa; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.32 u. § 331 RdNr.9.

Häufig wird ferner darauf hingewiesen, daß der Rechtserwerb sich von selbst vollziehe: BGH NJW 1965,1913, 1914; BGH NJW 1975,1360; BGH NJW 1975, 383; BGH NJW 1978, 495, 496. Vgl. schließlich BGHZ 66,8,13 u. Erman-H.P.Westermann § 331 RdNr.4 (Zuwendung ist mit dem Tod des VE vollzogen).

2 Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.12; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b aa; Kämper 116, allerdings nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten differenzierend; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.37; Kegel 70; wohl auch Hinz JuS 1965, 299,303; Meincke 81, Köster 92. Für Handschenkung: Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4b; Kümpel WM 1977, 1186,1191; Wieacker, FS für Lehmann 271,283. Die Rspr. nimmt zwar manchmal Vollzug i.S.v. § 516 Abs.2 BGB an oder spricht allgemein von Vollzug, vermeidet aber eine Stellungnahme zu § 2301 Abs. 2 BGB. Gegen § 2301 Abs.2 BGB wohl BGH WM 78, 895,896.

3 RGZ 88, 137, 139; RGZ 106,1,2; BGH NJW 1967,101,102; BGHZ 66,8,12; RGRK-Kregel § 2301 RdNr.17; Palandt-Keidel § 2301 Anm.4b; Struck 57; Wieacker,FS für Lehmann 271,279; wohl auch Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.37.

4 RGZ 106,1,2;Erman-H.P.Westermann § 328 RdNr.5 u.§ 331 RdNr.3; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.4; Soergel-R. Schmidt vor § 328 RdNr.19; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.20; Maß 15 u.30; Stahl12; Ewers 49; Struck 39f; Geginat 25; Geister 38; Ruppert 16; Bartholomeyczik-Schlüter § 58 IV 2b; Hellwig 68; Dorow 37; Seyffert 45; v.Spindler 52; Blomeyer § 42 III. AA: BGH NJW 1975, 1360.

ohne nähere Begründung wegen des originären Erwerbes¹ bzw. der Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß² verneint. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1976 hat der BGH schließlich die Nichtanwendung der erbrechtlichen Formvorschriften noch durch die Behauptung zu unterstützen versucht, die formlose Zuwendung einer Forderung lasse sich auch durch eine Abtretung auf den Todesfall herbeiführen.³ Als Beleg dafür verweist er auf eine frühere Entscheidung des BGH,⁴ in der diese Möglichkeit gerade mit dem Hinweis auf § 331 BGB bejaht wird.

Gegenüber der h.M. gibt es eine Vielzahl von anderen, im einzelnen unterschiedlichen Auffassungen. Diese lassen sich hinsichtlich der praktischen Konsequenzen im wesentlichen in 2 Gruppen aufteilen. Ein Teil will § 2301 Abs. 1 BGB auf einen Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis anwenden und verlangt daher die Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften, während eine andere Meinung lediglich die erbrechtlichen Sachvorschriften anwenden will.

1 RGZ 80, 175, 177; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 37; Taute 57.

2 RGZ 88, 137, 139.

3 BGHZ 66, 8, 12 f.

4 BGHZ 8, 23, 31.

Die Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften wird damit begründet, daß der Dritte mit dem Tode des VE bereits die Forderung erworben habe und der Rechtserwerb daher bereits i.S. v. § 518 Abs. 2 BGB¹ oder § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen sei.²

Ferner wird behauptet, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 331 BGB ein formlos wirksames Rechtsgeschäft anerkannt habe,³ oder daß ausschließlich das Deckungsverhältnis für die Anwendung von Formvorschriften maßgebend sei.⁴ Weiter wird die Anwendbarkeit

-
- 1 RGZ 128, 187, 189; BGH WM 1976, 1130; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b aa; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.32 u. § 331 RdNr.9.
Häufig wird ferner darauf hingewiesen, daß der Rechtserwerb sich von selbst vollziehe: BGH NJW 1965, 1913, 1914; BGH NJW 1975, 1360; BGH NJW 1975, 383; BGH NJW 1978, 495, 496. Vgl. schließlich BGHZ 66, 8, 13 u. Erman-H.P.Westermann § 331 RdNr.4 (Zuwendung ist mit dem Tod des VE vollzogen).
 - 2 Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.12; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b aa; Kämper 116, allerdings nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten differenzierend; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.37; Kegel 70; wohl auch Hinz JuS 1965, 299, 303; Meincke 81, Köster 92. Für Handschenkung: Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4b; Kümpel WM 1977, 1186, 1191; Wieacker, FS für Lehmann 271, 283. Die Rspr. nimmt zwar manchmal Vollzug i.S.v. § 516 Abs.2 BGB an oder spricht allgemein von Vollzug, vermeidet aber eine Stellungnahme zu § 2301 Abs. 2 BGB. Gegen § 2301 Abs.2 BGB wohl BGH WM 78, 895, 896.
 - 3 RGZ 88, 137, 139; RGZ 106, 1, 2; BGH NJW 1967, 101, 102; BGHZ 66, 8, 12; RGRK-Kregel § 2301 RdNr.17; Palandt-Keidel § 2301 Anm.4b; Struck 57; Wieacker, FS für Lehmann 271, 279; wohl auch Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.37.
 - 4 RGZ 106, 1, 2; Erman-H.P.Westermann § 328 RdNr.5 u. § 331 RdNr.3; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm.4; Soergel-R. Schmidt vor § 328 RdNr.19; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.20; Maß 15 u.30; Stahl12; Ewers 49; Struck 39f; Geginat 25; Geister 38; Ruppert 16; Bartholomeyczik-Schlüter § 58 IV 2b; Hellwig 68; Dorow 37; Seyfferth 45; v.Spindler 52; Blomeyer § 42 III. AA: BGH NJW 1975, 1360.

benden berücksichtigt würden, und die Forderung sogar dem direkten Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen werde und durch eine umständliche Schenkungsanfechtung zurückgeholt werden müsse.¹

Nach dieser Ansicht umgeht die h.M. nicht nur die erbrechtlichen Sachvorschriften, sondern auch die erbrechtlichen Formvorschriften, weil Zuwendungen auf den Todesfall durch einen mündlichen Vertrag zwischen dem Erblasser und einer anderen Person möglich seien. Dadurch entstünden insbesondere Beweisschwierigkeiten, da der Streit um eine solche Zuwendung immer erst nach dem Tode des Erblassers statfinde. Deshalb bestehe das Erbrecht mit gutem Recht auf der Einhaltung der für die Vergabe des Nachlasses vorgesehenen Formen.²

Da bei einem VzGD auf den Todesfall in aller Regel die erbrechtlichen Formvorschriften nicht eingehalten werden, kommt diese Auffassung zu dem Ergebnis, daß der Dritte regelmäßig zwar die Forderung mit dem Tode des VE erhält, sie bzw. ihren Wert aber nach

1 Kipp-Coing § 81 II 1 b; Medicus RdNr. 397.
Vgl. ferner Brox RdNr. 742 f; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 25 RdNr. 4; Finger JuS 1969, 309, 310; Wieacker, FS für Lehmann 271, 274ff; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 195 f.

2 Kipp-Coing § 81 II 1 a; Medicus RdNr. 396; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 25 RdNr. 1 u.3.

3 Kümpel WM 1977, 1186, 1187.

Bereicherungsrecht zurückübertragen muß. Sind die erbrechtlichen Formvorschriften ausnahmsweise einmal eingehalten, so finden die Sachvorschriften für eine Verfügung von Todes wegen Anwendung. Der VzGD ist dann nach § 2301 Abs. 1 BGB als Erbeinsetzung zu behandeln, wenn das ganze Vermögen zugewendet wird, und ansonsten als Vermächtnis.¹

3. Auffassung von der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Sachvorschriften

Von einem ganz anderen Lösungsansatz als die h.M. und die soeben dargestellte Meinung geht eine dritte Ansicht aus. Sie verlangt zwar nicht die Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften im Valutaverhältnis, will aber dennoch erbrechtliche Sachvorschriften anwenden, weil durch den VzGD auf den Todesfall die Wirkung einer Verfügung von Todes wegen herbeigeführt werde. Uneinig ist man sich dann bei der Frage, ob die Regeln der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses anzuwenden sind. Das entscheiden die Verfasser jeweils danach, ob sie den VzGD auf den Todesfall im Valutaverhältnis als testamentarisch angeordnete Sondererbbfolge oder als vermächtnisähnliche Zuwendung besonderer Art qualifizieren. Im Ansatz gehen alle Meinungen von der Besonderheit aus, daß ein einzelner Gegenstand zugewendet wird. Dieses ist sowohl für ein Vermächtnis wie für eine Sondererbbfolge typisch.

1 RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 7.

Bei einem Vermächtnis erhält der Vermächtnisnehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben auf die Übertragung des Gegenstandes. Beim VzGD erhält der Dritte bereits mit dem Tode den Gegenstand, nämlich den Anspruch gegen den VS. Wie dieser Unterschied zu interpretieren ist, darin bestehen die Meinungsunterschiede. Die eine Meinung nimmt eine Sondererbfolge an,¹ während die andere für eine vermächtnisähnliche Zuwendung eintritt.²

Die Sondererbfolge wird damit begründet, daß sich aus § 1922 Abs. 1 BGB ergebe, daß sich das Vermögen des Erblassers im Augenblick des Todes in den Nachlaß verwandele. Da das Recht des Dritten sich in diesem Augenblick vom Vermögen des VE trenne, gehöre es zwar zum Gesamtnachlaß, bilde aber einen besonderen Nachlaßbestandteil, eine Sondererbfolge.³ Bedenken hinsichtlich des im Erbrecht geltenden Grundsatzes der Universalsukzession bestünden nicht, da das Gesetz diese Trennung angeordnet habe, und sich auch der BGH in einem anderen Fall über diesen

-
- 1 Hoffmann AcP 158,178,198; Zehner AcP 153,424,451f; Heck JW 1932,2517,2518; W.Haas 19; Geginat 24; Kirschbaum 25f; Finger 114f, 123,130, JuS 1969, 309,311f, WM 1970, 374,377f, NJW 1970, 954,955 u. NJW 1972, 497, 498.
- 2 Harder 143,151 u. FamRZ 1976,418,426f; Geister 38; Hellwig 354f; Grünmann 24; Griesche 30; Weise 28; v.Lübtow, Erbrecht 1253 f; Gieben zitiert bei Taute 30; wohl auch Lange-Kuchinke § 31 IV 3; Kümpel WM 1977, 1186, 1191 f.
- 3 Finger 122; Zehner AcP 153, 424,451f; Hoffmann AcP 158,178,195.

Grundsatz hinweggesetzt und eine Sondererbfolge angenommen habe.¹ Teilweise wird die Sondererbfolge als das kleinere Übel gegenüber der ungerechtfertigten Benachteiligung der Nachlaßgläubiger angesehen.² Demgegenüber meinen die Vertreter einer vermächtnisähnlichen Zuwendung sich über diesen Grundsatz nicht hinwegsetzen zu dürfen.³ Da nach dieser Auffassung weder eine Erbeinsetzung, noch ein Vermächtnis, noch eine Sondererbfolge vorliegt, aber eine Verfügung von Todes wegen bezüglich eines Einzelgegenstandes, bleibe als einzige Möglichkeit, den VzGD auf den Todesfall als vermächtnisähnliche Zuwendung zu qualifizieren.⁴

Die Vertreter dieser Meinung kommen somit zu dem Ergebnis, daß nicht die erbrechtlichen Formvorschriften, aber wohl die Sachvorschriften anzuwenden sind,

1 Finger 125 f.

2 Hoffmann AcP 158, 178, 195 FN 88. Ähnlich Finger JuS 1969, 309, 313.

3 Harder 151. Ebenso Lange-Kuchinke § 31 IV 3; Soergel M. Wolf § 2301 RdNr. 12; Bartholomeyczik, FS für v. Lübtow 729, 741 ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 IV 3 c bb; Kühlmorgen 119; O.M.v. Gierke 59 FN 260; Brox RdNr. 735.

4 Harder 164 f. Dagegen: Brox RdNr. 735.

wobei dafür unterschiedliche Gründe angeführt werden.¹

1 § 331 BGB zeige, daß eine Form nicht erforderlich sei (Hoffmann AcP 158,178,180 u.197. Vgl. aber 198 "dinglicher Vollzug"). Finger (130 u. JuS 1969,309,313) meint, daß die in dem VzGD auf den Todesfall enthaltene testamentarische Anordnung nur die materielle Rechtsgrundlage für einen bereits eingetretenen Erwerb bilde, daher kein selbständiges, voll zustande gekommenes erbrechtliches Geschäft bilde und somit auch nicht seiner Form bedürfe. Zehner (AcP 153,424,440. Vgl. aber 443 (für analoge Anwendung des § 2301 BGB). Ebenso Weise 31 f) will nur im Valutaverhältnis Erbrecht anwenden, weil im Deckungsverhältnis ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorliege, das nicht der Form des Erbrechts bedürfe. Harder (FamRZ 1976,418,426f) meint, es gäbe keinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine Zuwendung auf den Todesfall mit Überlebungsklausel lediglich in den typischen Formen der Verfügung von Todes wegen vorgenommen werden dürfe (so auch Ewers 37; Struck 4; Hinz JuS 1965, 299, 304). Es handele sich um Regeltatbestände, von denen Ausnahmen zulässig seien. Beim VzGD auf den Todesfall handele es sich um eine solche Ausnahme. Es gäbe dafür dogmatische und historische Gründe. Als dogmatische Gründe führt er an, daß der Normzweck der Formvorschriften nicht beeinträchtigt werde. Mit den historischen Gründen meint er wohl, daß die Verfasser des BGB die früher bestehende Rechtsauffassung, nach der ein postmortaler Schenkungsvertrag nicht erforderlich war, nicht ändern und somit beibehalten wollten. Dieses könne nur dadurch erklärt werden, daß man im Valutaverhältnis ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE sieht, das nach Vermächtnisregeln zu behandeln sei.

Es scheint, daß diese Auffassung gerade in neuerer Zeit mehr Anhänger gewinnt, weil man den von der h.M. geforderten postmortalen Schenkungsvertrag als nicht interessengemäß empfindet.

II. Methodisches Vorgehen bei der Frage der Anwendbarkeit von erbrechtlichen Vorschriften auf den Vzgd auf den Todesfall

Die h.M. und die zuerst dargestellte Literaturmeinung wollen die Frage, ob und welche Normen des Erbrechts bei einem Vzgd auf den Todesfall anzuwenden sind, durch Auslegung des § 2301 BGB entscheiden, während die zweite Literaturmeinung sich nicht an den § 2301 BGB gebunden glaubt. Die verschiedenen Meinungen unterscheiden sich daher im wesentlichen schon durch das methodische Vorgehen. Die Frage der Anwendbarkeit könnte mit den beiden ersten Meinungen durch Auslegung des § 2301 BGB zu lösen sein.

Der Normzweck des § 2301 BGB besteht darin, eine Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften bezüglich der Rechtsgeschäfte des Erblassers von Todes wegen zu verhindern,¹ indem § 2301 BGB diese Vorschriften gleichwohl für anwendbar erklärt.² Bei den erbrechtlichen

1 RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 1; Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr. 1; Palandt-Keidel § 2301 Anm.1; Erman-Hense § 2301 RdNr.2.

2 unerheblich ist dabei, ob man § 2301 BGB als Konversionsregel ansieht. Vgl. dazu Harder 95 ff; 117 ff; M. Reinicke 150 a; Herrmann 59 f.

Normen stehen die Formvorschriften im Vordergrund. Da jedoch alle Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden (Abs. 1S.1)¹, wird durch die Einhaltung der Form mittelbar eine Entscheidung über die Anwendung der erbrechtlichen Sachvorschriften getroffen.² Das bei formaler Betrachtungsweise unter Lebenden abgeschlossene Rechtsgeschäft ist danach unabhängig davon, wie es bezeichnet wird und welche Vorstellung der Erblasser hinsichtlich der Einordnung "Erbrecht-Lebendenrecht" hatte. Allein wegen seiner erbrechtlichen Wirkung³ wird ein Rechtsgeschäft als Verfügung von Todes wegen behandelt. Kriterium für die Anwendung von erbrechtlichen Vorschriften auf eine unentgeltliche Zuwendung von Todes wegen ist, ob der~~er~~geschenkte Gegenstand bereits geleistet ist oder noch nicht. Das Kriterium des "Vollzuges" entscheidet also darüber, wann Erbrecht und wann Lebendenrecht gilt.⁴ Es sind daher die Auffassungen abzulehnen, die durch Auslegung des § 1922 Abs. 1 BGB⁵ oder die Definition

1 Aberer 3; Schumann 35.

2 M.Reinicke XVII; Huber Jura 1970, 784, 801.
Ähnlich Aberer 2.

3 Nach der 1. Kommission handelt es sich in diesen Fällen in Wahrheit um eine Vergabe des Nachlasses (Mot. V 352).

4 Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr.3; Weise 15; Schumann 28.

5 so aber Finger 121 f u. JuS 1969, 309, 313.

des Begriffes "Nachlasses"¹ entscheiden wollen, ob der Gegenstand eines Rechtsgeschäftes auf den Todesfall zum Nachlaß gehört und dem Erbrecht zu unterwerfen ist. Ebenso sind die Meinungen vom methodischen Vorgehen her abzulehnen, die danach entscheiden, ob das Rechtsgeschäft bereits vor dem Tode irgendwelche rechtliche Wirkungen gezeigt hat,² oder an einen aus dem Gesetz abgeleiteten Begriff der "Verfügung von Todes wegen" anknüpfen.³ Derartige Fragestellungen wolle § 2301 BGB gerade vermeiden, und sie können daher nur dann von Bedeutung sein, wenn der § 2301 BGB von Anfang an lückenhaft ist (sog. ursprüngliche, verdeckte Lücke)⁴ oder durch die Entwicklung des Rechtsverkehrs geworden ist (sog. nachträgliche, verdeckte Lücke)⁵, was sich insbesondere aus einem Wertungswiderspruch zu anderen Normen ergeben könnte. Die Auffassung von der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Sachvorschriften ist daher vom methodischen Vorgehen her abzulehnen. Ihr könnte im Ergebnis nur dann zu folgen sein, wenn sich der § 2301 BGB als unvollständig erweist und die Lücke durch Anwendung der erbrechtlichen Sachvorschriften zu schließen ist. Dabei muß jedoch auch die Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften bedacht werden. Das ist gerade der Gedanke, der in § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB enthalten ist.

1 so aber Hoffmann AcP 158,178,195; Maß 25.

2 so aber Schindel 8 f.

3 so aber Reinicke 82 ff. Ähnlich Zehner AcP 153,424,444f.

4 Larenz, ML 362; Harms, WuV SaR 18.

5 Larenz, ML 362; Harms, WuV SaR 18.

Entgegen früheren Rechtsordnungen¹ wollten die Verfasser des BGB die Schenkung von Todes wegen nicht als eigenartiges Zwittergebilde behandelt wissen, auf das teils Erbrecht und teils Lebendenrecht Anwendung findet.² Es sollte vielmehr entweder Erbrecht oder Lebendenrecht gelten.³

Die h.M. kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, daß bezüglich der Form Lebendenrecht, bezüglich der Wirkung aber Erbrecht gilt. Dieser Meinung kann daher wegen dieser zwingenden Anordnung des Gesetzgebers nur dann gefolgt werden, wenn diese Anordnung lückenhaft ist.⁴ Eine Regelungslücke kann man wegen der bindenden Anordnung des Gesetzgebers nur annehmen, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis des VzGD auf den Todesfall zu § 2301 BGB nicht bedacht hat und auch eine Anwendung des § 2301 BGB nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar ist.

1 vgl. zum römischen und gemeinen Recht Mot. V 350 und die Nachweise bei Schumann 2 ff u. Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 1.

2 Mot. V 350 f.

3 Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 3; Aberer 11; Schumann 2; Dieses erkennt auch Zehner AcP 153, 424,443 an; er will aber gleichwohl die Formvorschriften nicht anwenden, weil das Gesetz eine Form nicht vorschreibe (S. 441). AA wohl Harder 93. Dagegen M. Reinicke 84 FN 1.

4 auf diesen Widerspruch weist bezüglich der Meinung Harders Sandroock FamRZ 1975, 308 hin.

Da sich in den Materialien zu §§ 331, 2301 BGB keine Ausführungen zum Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander finden lassen, könnte eine Regelungslücke vorliegen. Dann dürfte eine Anwendung des § 2301 BGB beim VzGD auf den Todesfall nicht vereinbar sein mit dem Normzweck des §§ 331 BGB oder § 2301 BGB. Es ist daher zu untersuchen, ob und mit welcher Maßgabe § 2301 BGB bei einem VzGD auf den Todesfall angewendet werden kann.

III. Geltung des § 2301 BGB bei einem VzGD auf den Todesfall

Die erbrechtlichen Vorschriften finden nach § 2301 BGB auf ein Schenkungsversprechen von Todes wegen (Abs.1) Anwendung, das noch nicht vollzogen ist. Sonst gilt das Recht über die Schenkungen unter Lebenden (Abs.2). Es kommt daher zunächst darauf an, ob der VzGD i.S.v. § 331 BGB als Schenkungsversprechen von Todes wegen anzusehen ist.

1. Der VzGD i.S.v. § 331 BGB als Schenkungsversprechen von Todes wegen

§ 2301 Abs. 1 S. 1 BGB ist bezüglich eines VzGD auf den Todesfall anzuwenden, wenn der Vertrag ein Schenkungsversprechen enthält, dessen Wirksamkeit aufschiebend befristet durch den Tod des Erblassers und durch das Überleben des Beschenkten aufschiebend oder durch den Tod des Beschenkten auflösend bedingt ist. Der Beschenkte soll bei einem Schenkungsversprechen von Todes wegen das Recht erst mit dem Tode und nur

für den Fall, daß der Bedachte diesen Zeitpunkt überlebt, erhalten.¹ Soweit im Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, ist beim VzgD i.S. v. § 331 BGB ein Schenkungsversprechen gegeben. Die Wirksamkeit des Rechtserwerbes müßte daher im genannten Sinne hinausgeschoben sein. Die ganz h.M. lehnt es jedoch ab, beim VzgD auf den Todesfall eine Bedingung oder Befristung anzunehmen, da der Dritte nach der Auslegungsregel des § 331 BGB nur eine Hoffnung und keine rechtlich geschützte Anwartschaft oder ein Anwartschaftsrecht erhalten solle.² Die Begünstigung solle frei widerruflich sein.³ Bei der Annahme einer Bedingung oder Befristung würde jedoch der Rechtserwerb über die §§ 160, 161 und 162 BGB geschützt und wäre auch vererblich.⁴

1 Staudinger-Boehmer, Einl. vor § 1922, § 26 I.

2 RGZ 51, 403, 404; Aberer 10; Maß 24; Struck 53; Borgmann 6; Draeger 15; Kuhnle 22; Geister 22; Mehn 22; Berkowitz 56; Schindel 27; Bürkner 9; Meyn Recht 1906, Sp. 232; Haegele Rpfl 1956, 158, 159; Kümpel WM 1977, 1186, 1191; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9; Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1 a; Soergel-R. Schmidt § 331 RdNr. 2; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 17; Knoch 40; Niewiesch 30.

3 Maß 34; Hohner 131; Josef GruchB 57, 564, 575; Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1 a; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr. 6; Borgmann 6; Kuhnle 36; Geister 22; Bürckner 33; Haegele Rpfl 1956, 158, 159. Vgl. ferner v. Lübtow, Erbrecht 619: "Das Dasein einer Rechtsposition darf nicht mit ihrer Unentziehbarkeit verwechselt werden." Ebenso Kuhnle 38; Danz 130. Diesen Gesichtspunkt übersehen Mehn 22 u. Schwarz 17 f.

4 Bürkner 11; Niewiesch 30; Maß 34; Kühlmorgen 66 FN 2. Ähnlich Finger 48ff; Geginat 18. Wohl auch Schaefer 14f.

Demgegenüber hat zur Zeit des Inkrafttretens des BGB die h.M.¹ und kurze Zeit danach nur noch ein Teil der Literatur beim VzGD auf den Todesfall das Vorversterben des Dritten als aufschiebende oder auflösende rechtsgeschäftliche Bedingung angesehen mit der Folge, daß der Dritte schon zu Lebzeiten eine in gewisser Weise rechtlich geschützte Position erhalte.²

Aus der Entstehungsgeschichte des § 331 BGB ergibt sich, daß durch diese Vorschrift kein besonderes Rechtsinstitut geschaffen werden sollte.³ Der VzGD auf den Todesfall stellt lediglich eine Auslegungsregel für den Zeitpunkt des Rechtserwerbes des Dritten dar.⁴ Der Dritte soll im Zweifel die Forderung erst mit dem Tode des VE erhalten. Damit wollten die Mitglieder der 2. Kommission zum Ausdruck bringen, daß die Forderung in aller Regel nicht vererblich und der VE bis zum Tode Verfügungsbefugt sein soll.⁵ Im Ergebnis ist somit der h.M. zu folgen. Die h.M. erklärt jedoch nicht den Geltungsgrund für die im Augenblick des Todes des VE eintretende Rechtsfolge, den Forderungserwerb des Dritten.

1 so Borgmann 5 u. Knoch 40. Siehe auch RG GruchotsB 36,455 ff.

2 Eckstein GruchotsB 55, 751 ff; Hengehold 46 u. Stahl 35 ff zitiert bei Hohner 130 FN 9 u. Finger 47 FN 2. Ebenfalls für Vererblichkeit: Zeigner ZVersW 1913, 480,484; Fuld u. Hüllse zitiert bei Zeigner.

3 Ewers 34; Maß 31; Finger 80; Kirschbaum 13; Taute 30; Brox RdNr.731; Kämper 42.

4 AA: Dette 6; Hölscher 1; Seyfferth 28; Geginat 19; Pa-penheim 11; Erman-H.P.Westermann § 331 RdNr.1; Soergel-R.Schmidt § 331 RdNr.1; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr.1; MünchKomm-Gottwald § 331 RdNr.3; Maß 22; Brox RdNr.731.

5 Prot. I 785 f.

Geltungsgrund kann nur das zeitlich weiter zurückliegende Rechtsgeschäft zwischen dem VE und dem VS oder eine aufgrund dieses Vertrages einseitig durch den VE getroffene Drittbegünstigung sein.¹ Da die Rechtswirkungen dieses Rechtsgeschäftes aber erst mit dem Tode des VE eintreten sollen, muß mit den Instituten, die das BGB zum Hinausschieben der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes zur Verfügung stellt, eine der Interessenlage entsprechende Konstruktion gefunden werden. Die vom BGB ausschließlich vorgesehenen Institute sind die aufschiebende und auflösende Befristung und Bedingung und schließlich noch die von der Befristung kaum zu unterscheidende² Betagung (Hinausschieben der Fälligkeit).

Der Interessenlage bei einem Vertrag i.S. v. § 331 BGB entspricht es, daß der VE die Begünstigung des Dritten bis zu seinem Tode nach seinem Belieben abändern kann, das Recht des Dritten nicht vererblich ist und die Leistung erst mit dem Tode des VE verlangt werden kann.³ Da der Rechtserwerb nicht vererblich sein soll, ist entweder eine aufschiebende Bedingung (Vorversterben des VE) oder eine auflösende Bedingung (Vorversterben des Dritten) anzunehmen. Der Unterschied zwischen der auflösenden und der aufschiebenden Bedingung besteht darin, daß das Rechtsgeschäft bei einer auflösenden Be-

1 so Hengehold u. Stahl zitiert bei Schwarz 15. Ähnlich Eckstein GruchotsB 55, 751, 754; Stübler 34.

2 MünchKomm-H.P.Westermann § 163 RdNr.4.

3 Prot. I 758 f.

dingung sofort wirksam wird, auch wenn die Zuwendung noch nicht endgültig ist, während bei einer aufschiebenden Bedingung das Rechtsgeschäft erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam wird (vgl. § 158 BGB). Beim VzGD i.S. v. § 331 BGB soll das Rechtsgeschäft die Wirkungen erst mit dem Tode des VE entfalten. Daher liegt eine aufschiebende Bedingung durch das Vorversterben des VE vor.

Da der Dritte die Forderung erst mit dem Tode des VE erlangen können soll und der Tod ein sicher eintretendes Ereignis ist, ist die Verfügung im Wege eines VzGD auf den Todesfall als aufschiebend befristet¹ durch den Tod des VE anzusehen.

Bei dieser Einordnung ist jedoch die dem VzGD zugrunde liegende Forderung nicht berücksichtigt worden. Der typische Fall eines VzGD i.S. v. § 331 BGB ist der Lebensversicherungsvertrag. Bei einem Vertrag erhält der VE zu seinen Lebzeiten aber kein Recht auf die Forderung. Die Forderung ist bereits durch den Tod des VE aufschiebend befristet. Daher braucht in diesen Fällen keine aufschiebende Befristung der Verfügung (VzGD) angenommen zu werden.

Mit dieser Einordnung hat man zwar die Nichtvererblichkeit und den Eintritt der Rechtsfolge erst mit dem Tode des VE erklärt, aber noch nicht die erhaltengebliebene Verfügungsbefugnis des VE. Bei einfacher An-

¹ Für die Annahme einer Überlebensbedingung wohl: Weise 20; Taute 27; Geginat 18; Berkowitz 48; Geister 37, anders 22; Hinz JuS 1965,299,301; Erman-Hense § 2301 RdNr. 11.

wendung der §§ 158 ff BGB würde sich eine Einschränkung der Verfügungsmacht aus den §§ 160, 161 und 162 ergeben. Diese Vorschriften setzen jedoch voraus, daß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes ein Schutz des Erwerbers gegenüber dem Verfügenden gewollt ist.¹ Dieses ist bei einem VzGD i.S. v. § 331 BGB gerade nicht gegeben. Somit gilt für die bedingte Verfügung (VzGD auf den Todesfall) nicht das Prioritätsprinzip, und der VE bleibt weiterhin in vollem Umfang verfügungsbefugt. Er kann die Forderung abtreten, sie verpfänden und auch einen anderen Begünstigten allein oder zusammen mit dem VS benennen.² Der VzGD i.S. v. § 331 BGB stellt demnach eine aufschiebend befristete (Tod des VE) und eine aufschiebend bedingte (Vorversterben des VE) Verfügung über eine Forderung dar, wobei der VE trotz der Verfügung im Wege des VzGD wegen der gewollten Wideruflichkeit weiterhin uneingeschränkt verfügungsbefugt bleibt.³ Ist die Forderung, die dem VzGD zugrundeliegt, bereits aufschiebend befristet durch den Tod des VE, ist die Verfügung nur durch das Vorversterben des VE aufschiebend bedingt. Der VzGD auf den Todesfall stellt demnach, falls im Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, ein Schenkungsversprechen von Todes wegen dar. Auf dieses Rechtsgeschäft ist daher Erbrecht anzuwenden, wenn man keinen "Vollzug" i.S. v. § 2301 Abs, 2 BGB annimmt.

1 MünchKomm-H.P.Westermann § 161 RdNr. 1.

2 siehe dazu noch unten S. 238ff.

3 ähnlich Kegel 68 ff.

2. Der VzGD i.S. v. § 331 BGB als vollzogenes
Schenkungsversprechen von Todes wegen

Mit dem Tod des VE geht beim VzGD auf den Todesfall der Schenkungsgegenstand (Forderung) vom VE auf den Dritten über. Da mit dem "Vollzug" in Abs. 2 des § 2301 BGB die Leistung des Schenkungsgegenstandes, also das Erfüllungsgeschäft (Verfügung), gemeint ist,¹ müßten die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen. Nach dem Wortlaut des Abs. 2 ist jedoch nicht selbstverständlich, daß auch eine durch den Tod des Schenkers aufschiebend bedingte Verfügung zum Anwendungsbereich des Abs. 2 gehört.² Dieses wird jedoch wegen der Bezugnahme des Abs. 2 auf Abs. 1³, wo die Überlebensklausel Tatbestandsmerkmal ist, der Entstehungsgeschichte⁴ und dem Normzweck des § 2301 BGB⁵ allgemein⁶ bejaht. Umstritten ist sogar, ob überhaupt die unbedingte Verfügung unter den Begriff des "Vollzuges" zu subsumieren ist; nach einer M.m. hat eine unbedingte Verfügung mit dem Regelungsbereich des § 2301 BGB nichts zu tun, so daß die Problematik Erbrecht oder Lebendenrecht nicht auftauchen kann.⁷ Im Ergebnis ist man sich jedenfalls bezüglich der aufschiebend bedingten Verfügung einig,

1 Herrmann 86 f mwN.

2 Aberer 3.

3 vgl. Herrmann 91 f.

4 vgl. Mot. V 352; Schumann 46; M. Reinicke 95 FN 2; Herrmann 92.

5 M. Reinicke 96; Aberer 3.

6 Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr. 9; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 19; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 13; Erman-Hense § 2301 RdNr. 6; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3 b u.c.; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 a; Kohlbach 70, Steinhardt 32 f; Damrau JurA 1970, 716, 719; Herrmann 92.

7 M. Reinicke 96 mwN; Herrmann 61 mwN.

daß sie als "Vollzug" anzusehen ist.¹ Demnach müßten für den VzGD i. S. v. § 331 BGB, der eine durch das Vorversterben des VE aufschiebend bedingte Verfügung darstellt,² die Vorschriften über die Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden.

a. Annahme des "Vollzuges" trotz Widerruflichkeit der Verfügung

Durch die bis zum Tode erhaltengebliebene Verfügungsbefugnis erreicht der VE, daß er wirtschaftlich zu seinen Lebzeiten nichts aufgibt und vom Rechtsgeschäft nur die Erben betroffen werden. Es liegt daher nahe, in der Widerruflichkeit eine Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften zu sehen. Diese Problematik taucht nicht nur beim VzGD auf, sondern bei fast allen Verfügungstatbeständen (z.B. Abtretung und Über-eignung beweglicher Sachen)³. Wie die Widerruflichkeit der Verfügungen zu beurteilen ist, ist umstritten.

1 Unrichtig daher Finger: "§ 2301 Abs. 1 unterstellt jedes Geschäft, das in seiner Wirksamkeit vom Tode des Zuwendenden abhängt, den erbrechtlichen Vorschriften, soweit die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll."

2 Schindel 81 lehnt die Anwendung von § 2301 BGB deshalb ab, weil § 331 BGB keine Überlebensbedingung vorliege, die für § 2301 BGB wesentlich sei.

3 darauf weist ebenfalls Schindel 86 hin.

aa. Darstellung des Meinungsstandes

Es liegt nahe, die Streitfrage durch Erörterung der Vollzugstheorien zu lösen, die jeweils unterschiedliche Voraussetzungen für den Vollzug aufstellen.

(1) Die sog. subjektive Theorie¹ stellt für den Vollzug der Schenkung auf die Erfüllungshandlung des Schenkers ab. Die Schenkung soll vollzogen sein, wenn der Erwerb des Beschenkten sich ohne weitere Handlungen des Schenkers bzw. seiner Erben vollendet.

(2) Die sog. Opfertheorie² verwendet zur Bestimmung des Vollzuges eine Formulierung der 1. Kommission und verlangt, daß sich das Vermögen des Schenkers "sofort und unmittelbar" gemindert haben müsse. Der Schenker müsse also schon zu Lebzeiten ein Opfer erbracht haben.

(3) Die sog. Anwartschaftstheorie³ sieht eine Schenkung nur dann als vollzogen an, wenn der Beschenkte bereits zu Lebzeiten des Schenkers ein dingliches

1 Wieacker, FS für Lehmann 271, 279; Hinz JuS 1965, 299, 303; Kegel 52; BGH WM 1971, 1338, 1339; Rötelmann NJW 1959, 661; Lange-Kuchinke § 31 III 4 b; Johannsen WM 1972, 1046.

2 Brox RdNr. 712; G.u.D. Reinicke NJW 1956, 1053, 1054; Bühler NJW 1976, 1727; Kipp-Coing § 81 III 1 c.

3 Staudinger-Boehmer von § 1922, § 26 RdNr. 13; Boehmer Grundlagen II 2, 86 ff.

Anwartschaftsrecht bezüglich des Schenkungsgegenstandes erhalten hat. Zu den Vertretern dieser Meinung sind auch die Autoren zu zählen, die eine Einschränkung der Verfügungsmacht des Schenkers verlangen.¹ In der Sache besteht dabei kein Unterschied, lediglich die Sicht des Betrachters ist verschieden.

Hinsichtlich der Widerruflichkeit der Verfügung zeigt eine Übersicht der vertretenen Meinungen, daß nur eine M.m. eine Einschränkung des Abs. 2 des § 2301 BGB i.S. einer Unwiderruflichkeit der Verfügung annimmt.² Die Vertreter der subjektiven Theorie verlangen keine Unwiderruflichkeit. Sie führen als Grund vor allem an, daß von der 2. Kommission ein Antrag, der eine solche Einschränkung vorsah, abgelehnt wurde.³ Die Vertreter der Opfertheorie sind sich nicht einig. Einige nehmen wegen der Widerruflichkeit keinen Vollzug an.⁴ während dieses Merkmal für andere unwesentlich ist.⁵ Das dürfte daran liegen,

1 M. Reinicke 134 ff.

2 M. Reinicke 123; Kipp-Coing § 81 III 1 c. Wohl auch KG NJW 1971, 1808; KG WM 1969, 1047, 1048. AA: Hinz JuS 1965, 299,303; Wieacker, FS für Lehmann 271, 279; Kegel 53; Harder 38 f u. 149; Röttemann NJW 1959, 661, 662; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 12; Erman-Hense § 2301 RdNr. 7; Lange-Kuchinke § 31 III 4 b; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2 b u. c; Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr. 10; OLG Hamburg NJW 1963, 449,450; Weise 18; Schindel 87.

3 Hinz JuS 1965, 299,303; Harder 38 f u. 149.

4 Kipp-Coing § 81 III 1 c.

5 Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18.

daß der Begriff des Vermögensopfers ein general-klauselartiger Begriff ist, der näherer Konkretisierung bedarf und nicht recht subsumtionsfähig ist.¹ Aber auch Vertreter der Anwartschaftstheorie² kommen bei den widerruflichen Verfügungen zu dem Ergebnis, daß der Vollzug i.S. v. § 2301 Abs. 2 BGB zu bejahen ist. Das hat seinen Grund darin, daß sie nicht immer ein Anwartschaftsrecht verlangen, sondern manchmal geringere Anforderungen stellen.

Am ausführlichsten hat sich mit der Frage der Widerruflichkeit M. Reinicke beschäftigt. Er folgt der Anwartschaftstheorie und sieht als entscheidendes Kriterium für die Anwendung von Lebendenrecht die verfügungsrechtliche Bindung des Schenkers hinsichtlich des Schenkungsgegenstandes an. Diese liege bei einer widerruflichen Schenkung nicht vor und damit auch kein Vollzug. Das Erfordernis einer verfügungsrechtlichen Bindung leitet er vor allem aus der Entstehungsgeschichte und dem Normzweck des § 2301 BGB ab.³

Diese Übersicht über den Meinungsstand zeigt die Uneinigkeit der Vollzugstheorien bezüglich der Frage, ob widerrufliche Verfügungen als "Vollzug" anzusehen sind. Die Entscheidung dieser Frage und gegebenenfalls welcher Theorie zu folgen ist, ist daher durch Auslegung des § 2301 Abs. 2 BGB zu ermitteln.

1 so zu Recht M. Reinicke 135. Siehe auch Herrmann 79 ff.

2 Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 26 RdNr. 7.

3 M. Reinicke 101 ff.

bb. Lösung der Streitfrage durch Auslegung des
§ 2301 Abs. 2 BGB

(1) Wortlautinterpretation

Nach dem Wortlaut ist "Vollzug" bei einer "Leistung des zugewendeten Gegenstandes" gegeben. Daraus läßt sich weder etwas für noch etwas gegen eine Widerruflichkeit entnehmen.

(2) Sytematische Interpretation

Denkbar ist, die h.M.¹ zur Auslegung des § 518 Abs. 2 BGB bzw. zur Beurteilung der formlos wirksamen Handschenkung (§ 516 BGB) auf den § 2301 Abs. 2 BGB zu übertragen. Man käme dann zu dem Ergebnis, daß eine Widerruflichkeit unbeachtlich ist. Jedoch ist das Ergebnis bei § 518 Abs. 2 BGB keineswegs zwingend.² Außerdem haben der § 518 Abs. 2 BGB und der § 2301 Abs. 2 BGB unterschiedliche Funktionen, einmal geht es um die Notwendigkeit der Einhaltung einer Formvorschrift und bei § 2301 BGB um die Grenzzeihung zwischen Lebenden- und Erbrecht.³ Man kann daher die Ergebnisse des § 518 Abs. 2 BGB nicht auf die Auslegung des Vollzugsbegriffs übertragen. Aus einem systematischen Vergleich zwischen § 518 Abs. 2 und § 2301 Abs. 2 BGB läßt sich somit ebenfalls weder etwas für noch gegen eine Auslegung des Abs. 2 von § 2301 BGB i.S. einer unwiderruflichen Verfügung entnehmen.

1 siehe dazu MünchKomm-Kollhosser § 518 RdNr. 12 FN 38.

2 AA: M. Reinicke 64 ff.

3 so M. Reinicke 70 f. Ähnlich Herrmann 119.

(3) Historische Interpretation

Die Mitglieder der 1. Kommission wandten sich entgegen dem preußischen Recht¹ ausdrücklich gegen die Widerruflichkeit als allein über die Anwendung von Erbrecht entscheidendes Kriterium². Daraus läßt sich zwar noch nicht zwingend ableiten, daß die Verfasser des BGB auch die Verwendung dieses Kriteriums im Rahmen des Vollzuges ablehnten.³ Es spricht jedoch einiges für die Annahme, daß ihnen angesichts der ausdrücklichen Erwähnung des preußischen Rechtes die Problematik der Widerrufsmöglichkeit auch im Rahmen des Vollzuges bewußt gewesen ist, und sie sich durch Nichtaufnahme gegen eine Einschränkung i.S. der Unwideruflichkeit ausgesprochen haben. Allerdings läßt sich daraus kein bindender gesetzgeberischer Wille ableiten.

Bestätigt wird die Interpretation der Aussagen der 1. Kommission durch die 2. Kommission. Sie lehnte einen Antrag ab, wonach Erbrecht Anwendung finden sollte, wenn die Verfügung widerruflich war.⁴ Aus dieser Ablehnung könnte man eine bindende gesetzgeberische Entscheidung entnehmen. Dagegen hat sich ausdrücklich M. Reinicke gewandt. Die 2. Kommission habe bei § 2301 BGB nur "konstruktionelle", aber keine sachlichen Änderungen vorgenommen und sei daher nicht

1 siehe dazu M. Reinicke 79 ff.

2 Mot. V 350.

3 so M. Reinicke 102 f.

4 Prot. V 462.

maßgebend.¹ Zudem meint er, daß die 2. Kommission im Gegensatz zur 1. Kommission von einem falschen Verständnis ausgegangen sei. Diese Aussage belegt er nicht durch ein Zitat der 1. Kommission, sondern er begründet dieses vor allem mit Gesichtspunkten der objektiven Teleologie.² Letztlich hält er damit die Entscheidung der 2. Kommission deshalb nicht für maßgebend, weil sie mit dem von ihm für richtig gehaltenen Abgrenzungskriterium (Einschränkung der Verfügungsfreiheit) nicht übereinstimmt.

Die Auffassung Reinickes, nach der durch die 2. Kommission nur Klarstellungen vorgenommen werden sollten, ist unrichtig. Das als Beleg angeführte Zitat bezieht sich auf einen anderen als den abgelehnten Antrag, und es geht daraus auch nicht hervor, daß die 2. Kommission insgesamt bei § 2301 BGB nur Klarstellungen vornehmen wollte. Im Gegenteil hat die 2. Kommission eine Änderung gegenüber der 1. Kommission vorgenommen, und zwar bezüglich der rechtlichen Behandlung der Erfüllung eines formnichtigen Schenkungsversprechens.³

Schließlich ist das methodische Vorgehen von M. Reinicke abzulehnen, bei der Interpretation der Entstehungsgeschichte Gesichtspunkte der objektiven Teleologie zu berücksichtigen. Der Normzweck kann zwar zur Auslegung einer Vorschrift herangezogen werden, wenn eine Stellungnahme der Gesetzesredaktoren nicht deutlich geworden ist und erst dadurch verständlich wird. Man kann aber nicht

1 M. Reinicke 116.

2 M. Reinicke 118 f.

3 Prot.V 462.

aufgrund von Gesichtspunkten der objektiven Teleologie zu dem Ergebnis kommen, daß die Verfasser des BGB bei einer eindeutigen Entscheidung von einer falschen Grundlage ausgingen und diese Entscheidung daher nicht maßgebend sei. Es müssen vielmehr die Voraussetzungen gegeben sein, die ein Abweichen von einer bindenden Entscheidung des Gesetzgebers ermöglichen. Dazu ist erforderlich, daß die Entscheidung lückenhaft war bzw. durch die Rechtsentwicklung geworden ist. Zu untersuchen ist somit, ob die objektive Teleologie eine solche Lücke ergibt. Festzuhalten ist jedoch, daß die Entstehungsgeschichte gegen eine Einschränkung des Wortlautes i.S. einer Unwideruflichkeit spricht.

(4) Objektive Teleologie

Der Normzweck des § 2301 BGB besteht darin, eine Umgehung der erbrechtlichen Vorschriften zu verhindern. Der Gesetzgeber sah es dabei als keine Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften an, wenn der Schenkungsgegenstand aufschiebend oder auflösend bedingt vom Schenker auf den Beschenkten übertragen worden ist. Wenn also der Verfügungstatbestand mit dem Tod des Schenkers vollendet war, gewissermaßen dinglich zur Perfektion gelangt war, sollte trotz der Wirkung auf den Todesfall Schenkungsrecht gelten. Daß der entscheidende Zeitpunkt für den "Vollzug" der Tod des Schenkers und kein früherer Zeitpunkt ist, überrascht vielleicht, wird aber verständlich, wenn man mit der ganz h.M. eine durch das Überleben des Beschenkten aufschiebend oder auflösend bedingte Verfügung für den

"Vollzug" ausreichen läßt. Fraglich kann daher eigentlich nur sein, ob der Normzweck es nicht gebietet, andere Fälle wie eine mit dem Tod des Schenkers vollendete Verfügung zu behandeln, z.B. wenn der Schenker sich bereits verfügungsrechtlich gebunden hat oder sich der Rechtserwerb ohne Zutun des Schenkers bzw. seiner Erben vollendet (sog. eingeleitete Handschenkungen)¹. Demnach ist nicht ersichtlich, weshalb die Teleologie des § 2301 BGB dazu führen kann, eine unwiderrufliche Verfügung zu fordern. Zu diesem Ergebnis kommt M. Reinicke durch eine an der Struktur der Verfügung von Todes wegen orientierten Lösung.² Er geht dabei von der Aussage der 1. Kommission aus, daß bei einer vollzogenen Schenkung keine "Vergabe des Nachlasses" vorliege. Wann eine "Vergabe des Nachlasses" vorliege, will er dann danach entscheiden, ob die essentiellen Merkmale einer Verfügung von Todes wegen gegeben sind. Durch diese Formulierung hätten die Verfasser des BGB an die Struktur der Verfügung von Todes wegen angeknüpft.³ Zu den essentiellen Merkmalen einer Verfügung von Todes wegen gehöre die lebzeitige Verfügungsfreiheit des Erblassers hinsichtlich des zugewendeten Gegenstandes. Der Normzweck des § 2301 BGB verlange daher für einen Vollzug der Schenkung eine verfügungsrechtliche Bindung des Schenkers.

1 nur auf diese Fälle sind die oben dargestellten Vollzugstheorien zugeschnitten.

2 M Reinicke 82 ff.

3 aa zutreffend Herrmann 89 FN 42: "Die 1. Kommission wollte mit den häufig zitierten Worten keine Definition des Vollzugsbegriffs liefern, sondern nur erklären, warum es gerechtfertigt sei, auf die Formen der Verfügungen von Todes wegen zu verzichten."

Eine Einschränkung der Verfügungsfreiheit sei bei einer Widerrufsmöglichkeit nicht gegeben und damit auch kein Vollzug.¹

M. Reinicke gewinnt die Lösung vor allem durch die Untersuchung der Struktur einer Verfügung von Todes wegen. Dieses ist jedoch nicht mit § 2301 BGB vereinbar. Nach § 2301 Abs. 2 BGB soll das ausschließlich entscheidende Kriterium sein, ob die Übertragung des Schenkungsgegenstandes spätestens mit dem Tod des Schenkers dinglich vollzogen ist. Daß dieses Kriterium ein ausschließliches sein soll, ergibt sich aus den Ausführungen der 2. Kommission zur Ablehnung des oben schon genannten Antrages. Die Ablehnung wurde auch damit begründet, daß man jede Umgehung ohnehin nicht verhindern könne.² Der Gesetzgeber hat also trotz gewisser Ungerechtigkeiten und Ungereimtheiten, wozu auch wohl die Gemeinsamkeiten zwischen einer Verfügung von Todes wegen und einer vollzogenen Schenkung gehören, am Kriterium des dinglichen Vollzuges festgehalten. Man kann daher nicht ein neues Kriterium schaffen, indem man nur formal eine Auslegung des § 2301 BGB vornimmt. Es mag zwar sinnvoll sein, in der Einschränkung der Verfügungsmacht das entscheidende Kriterium zu sehen. Aus einer Teleologie des § 2301 BGB läßt sich das nicht entnehmen. Das wäre nur dann möglich, wenn die Ungereimtheiten und Ungerechtigkeiten so groß sind, daß anzunehmen ist, daß sie auch der Gesetzgeber nicht hingenommen hätte. Dafür sind jedoch keine Anhalts-

1 M. Reinicke 101 ff.

2 Prot. V 462.

punkte vorhanden. Die Meinung M. Reinickes ist daher als nicht mit § 2301 BGB vereinbar abzulehnen.¹

Aus der Teleologie des § 2301 BGB ergibt sich somit keine planwidrige Unvollständigkeit der Entscheidung der 2. Kommission, für die Verfügung hinsichtlich des Schenkungsgegenstandes keine Unwiderruflichkeit zu verlangen. Es ist daher keine Unwiderruflichkeit der

1 Fraglich erscheint zudem die Begründung M. Reinickes, daß die lebzeitige Verfügungsfreiheit ein essentielles Merkmal einer Verfügung von Todes wegen ist. Beim Erbvertrag liegt zwar keine verfassungsrechtliche Bindung vor, aber ein vom Erblasser Beschenkter muß den Gegenstand nach Bereichungsrecht zurückgewähren (§ 2287 BGB; darauf weist ebenfalls Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 26 RdNr. 5 hin). Es ist daher eine sehr formalistische Betrachtungsweise, wenn M. Reinicke den Anschein erweckt (S. 6), als könne der Erblasser weiterhin ohne Einschränkungen verfügen und Schenkungen machen. Für den Erblasser und für den Beschenkten ist es gleichgültig, ob der Gegenstand nach § 985 BGB oder § 812 BGB herausgegeben werden muß. Dieses überrascht gerade bei M. Reinicke, da er an anderer Stelle die essentiellen Merkmale eines Rechtsinstitutes, des Vermächtnisses (S. 94 FN 2), nur nach den Voraussetzungen beurteilen und die Rechtsfolge (schuldrechtlicher Anspruch anstelle einer dinglichen Zuordnung) außer Betracht lassen will. Der Gesetzgeber hätte aber als Rechtsfolge beim Erbvertrag genauso gut eine Einschränkung der Verfügungsmache hinsichtlich der Schenkungen einordnen können.

Verfügung zur Annahme des Vollzuges erforderlich.¹
Die Widerruflichkeit der Verfügung beim VzGD auf den Todesfall hindert demnach nicht, die Voraussetzungen des Abs. 2 von § 2301 BGB zu bejahen.

b. Differenzierung der Annahme des "Vollzuges"
nach der Art der Verfügung

Man könnte jedoch bei einer Verfügung bezüglich einer Forderung strengere Anforderungen stellen als bei anderen Verfügungen, da bei den anderen Verfügungen neben der Einigung noch zusätzliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, z.B. die Übertragung des Besitzes bei der Übereignung beweglicher Sachen. Die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale könnte ein Kriterium sein, das bei der Feststellung des "Vollzuges" helfen könnte. Das könnte man dadurch rechtfertigen, daß der Erblasser schon zu Lebzeiten die Sachnutzung aufgegeben und damit ein Vermögensopfer erbracht hat. Bezüglich der Übertragung einer Forderung könnte man daher ebenfalls ein Vermögensopfer i.S. einer Bindung verlangen.

Nach § 2301 Abs. 2 BGB ist jedoch, wie sich aus den Materialien ergibt, allein entscheidend, ob der Schenkungsgegenstand spätestens mit dem Erbfall auf den Beschenkten übertragen und damit aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschieden ist. Daher kann eine Differenzierung allenfalls Bedeutung haben für die sog.

1 siehe zum Meinungsstand oben Seite 143 FN 2.

eingeleiteten Handschenkungen.¹ Daher sind bei Verfügungen bezüglich Forderungen keine strengere Anforderungen zu stellen. Daher wird auch zu Recht eine Abtretung von Todes wegen allgemein als "Vollzug" angesehen.²

c. Annahme des "Vollzuges" trotz fehlenden Schenkungsvertrages

Beim VzgD auf den Todesfall ist es zwar möglich, daß zwischen dem VE und dem Dritten ein formwirksamer oder ein formlos wirksamer Schenkungsvertrag geschlossen wird. Oft erhält der Dritte aber erst durch die Mitteilung vom VS von der Schenkung Kenntnis. Würde man nun in diesen Fällen mit der h. M. verlangen, daß zum Behaltendürfen der Forderung ein Schenkungsvertrag nach dem Tode des VE durch den VS als Boten oder Vertreter des VE und dem Dritten zustandekommen muß, so ist die Anwendung des Abs. 2 des § 2301 BGB problematisch. Man könnte daher bezüglich der Annahme des "Vollzuges" verlangen, daß nicht nur die Verfügung bezüglich des Schenkungsgegenstandes mit dem Tode des Schenkers wirksam wird, sondern auch, daß das Behaltendürfen der Schenkung nicht mehr durch die Erben verhindert werden kann. Die Zuwendung muß mit dem Tod des Schenkers endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden sein. In den meisten Fällen der vollzogenen Schenkungen taucht diese Problematik gar nicht auf, da der Begünstigte am Verfügungsgeschäft teilnimmt und daher in aller Regel auch eine Rechtsgrundabrede getroffen wird. Verlangt man daher für das Behaltendürfen der Forderung einen Schenkungsvertrag,

1 auch hierbei erscheint eine solche Differenzierung bedenklich, da das Vermögensopfer, z.B. die Sachnutzung, keine Auswirkungen auf die Übertragung des Schenkungsgegenstandes hat, die aber allein entscheidend ist.

2 Boehmer, Grundlagen 286f; Kohlbach 72; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 23 mwN.

könnte § 2301 Abs. 2 BGB nicht anwendbar sein.

Es ist jedoch umstritten, ob ein postmortaler Schenkungsvertrag zum Behaltendürfen der Forderung erforderlich ist. Die h.M. nimmt an, daß sich das Kausalverhältnis nach allgemeinen Grundsätzen bestimme,¹ und daher nach § 516 BGB ein Schenkungsvertrag erforderlich sei.² Demgegenüber kommt eine andere Meinung zu dem Ergebnis, daß entweder generell³ oder nur beim VzGD auf den Todesfall⁴ ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE vorliege, das die causa für den Rechtserwerb des Dritten bilde. Neuerdings wird die Meinung vertreten, daß im Deckungsverhältnis ein zusätzliches Rechtsgeschäft vereinbart wird, ein Schenkungsvertrag zugunsten des Dritten⁵ oder ein VzGD, durch den dem Dritten ein Anspruch gegen die Erben des VE auf Nichtgeltendmachung des Bereicherungsanspruchs zugewendet wird.⁶ Entgegen diesen Auffassungen verlangt ein Teil der Literatur kein weiteres zusätzliches Rechtsgeschäft zum Behaltendürfen der Forderung, sondern läßt die Drittbegünstigungsabrede

1 so ausdrücklich Dette 32; W.Haas 16; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr. 30.

2 Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 1 a; Erman-H.P.Westermann § 331 RdNr.4; Jauernig-Stürner § 2301 Anm.2 b; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9.

3 Köster 89; Knoch 68; Mehn 45.

4 Schindel 37; Rückbeil 37; Stübler 38; v.Spindler 59; Pauli u. Gieben zitiert bei v.Spindler 56 FN 344.
Siehe ferner die oben Seite 23 FN 3 u. 4 zitierten Autoren

5 Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.12; Bökelmann JR 1975, 243.

6 Heilmann VersR 1980, 516, 518.

ausreichen.¹ Schließlich wird noch versucht, die bei einem postmortalen Schenkungsvertrag gegebene Widerrufsmöglichkeit der Erben auszuschalten. Man nimmt ein Insichgeschäft (§ 181 BGB) des VE an; der VE schließt mit sich als Vertragspartei und als vollmachtloser Vertreter des Dritten einen Schenkungsvertrag. Dieser Vertrag stelle einen lediglich rechtlichen Vorteil dar und könne durch den Dritten genehmigt werden.²

Bei der Lösung der Streitfrage ist zunächst festzustellen, daß der Rechtserwerb des Dritten einer zusätzlichen causa bedarf. Der VE kann mit der Drittbegünstigung auf den Todesfall verschiedene Zwecke erfolgen, z.B. die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der VE bzw. dessen Erben als Rechtsnachfolger müssen daher im Falle einer Zweckverfehlung die zugewendete Forderung bzw. deren Wert herausverlangen können. Die Notwendigkeit einer zusätzlichen causa ergibt sich nach der hier vertretenen Meinung schon aus dem Grundsatz der Abstraktheit der Verfügungen. Fraglich ist somit, ob es bezüglich der causa bei den allgemeinen Regeln verbleibt oder ob nicht wie bei der Übertragung des Rechts auch für das Behaltendürfen auf eine Mitwirkung des Dritten verzichtet werden kann. In den §§ 328 ff BGB ist nur die Übertragung einer Forderung geregelt. Bezüglich der causa hat der Gesetzgeber in den §§ 328 ff BGB nicht einmal festgelegt, daß neben dem Rechtsgeschäft zwischen dem VE und dem VS ein zusätzlicher Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Forderung notwendig ist. Auch aus den Materialien läßt sich dazu keine Stellungnahme finden.

1 Fricke 49 ff.

2 Bühler NJW 1976, 1727, 1728. Bereits früher Geginat 14 ff. AA: Köster 71 ff; Harder/Welter NJW 1977, 1139.

Das liegt daran, daß der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 328 ff BGB nicht genügend die dogmatische Einordnung und den Anwendungsbereich des VzGD bedacht hat. Es liegt daher bezüglich der causa eine Regelungslücke vor.

Diese Lücke ist so zu schließen, wie der Gesetzgeber es entsprechend dem Normzweck getan hätte, wenn der die planwidrige Unvollständigkeit bedacht hätte.¹ Wenn man für das Behaltendürfen der durch einen VzGD übertragenen Forderung eine Mitwirkung des Dritten verlangt, wird die Möglichkeit der Übertragung einer Forderung durch VzGD sehr eingeschränkt. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist es gleichgültig, ob der Dritte ein Recht erhält, das er sofort wieder zurückgeben muß, oder ob ihm von vornherein kein Recht zugewendet wurde.² Daher entspricht dem Normzweck der §§ 328 ff BGB nur eine Konstruktion, die die Schaffung einer causa ohne Mitwirkung des Dritten möglich macht.³ Dazu kommt ausschließlich in Betracht, entweder eine zusätzliche Vereinbarung mit dem VS zu verlangen oder ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE anzunehmen. Eine zusätzliche Vereinbarung mit dem VS zu verlangen, ist deshalb nicht sinnvoll, weil es dem VS in aller Regel gleichgültig sein wird, zu welchem Zweck der VE die Forderung dem Dritten zuwenden will. Die Annahme eines zusätzlichen Rechtsgeschäftes wird daher in vielen Fällen eine Fiktion bedeuten.⁴

1 Brox, AT RdNr. 63.

2 Schindel 37.

3 so auch Maß 38; Schindel 34; Soergel-M. Wolf § 2301 RdNr.

4 ähnlich Harder FamRZ 1976, 416, 426.

Es ist daher richtig, ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE anzunehmen. Es genügt also, daß der VE bestimmt oder sich diese Bestimmung aus den Umständen ergibt, daß die Zuwendung unentgeltlich sein soll. Das einseitige Rechtsgeschäft hat nur die Funktion, die seltenen Fälle abzugrenzen, in denen die Zuwendung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit oder im Hinblick auf eine andere causa erfolgt.¹ Beim VzGD auf den Todesfall liegt also ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE vor. Das trifft jedoch nicht nur für den VzGD i.S. v. § 331 BGB zu, sondern für jeden VzGD, durch den eine Forderung unentgeltlich zugewendet wird.

Bedenken gegen diese Lösung könnten sich aus der Ablehnung einer einseitigen Schenkung durch die Verfasser des BGB ergeben. Das meint auch wohl die h.M. wenn sie einen Schenkungsvertrag unter Hinweis auf § 516 BGB verlangt.² Da der Gesetzgeber nicht bedacht hat, daß in den Fällen der §§ 328 ff BGB ein Schenkungsvertrag nicht sinnvoll sein könnte, und sich aus den Materialien³ keine ausschließliche Ablehnung einer einseitigen Schenkung in dem Sinne entnehmen läßt, daß niemals eine einseitige Schenkung anzuerkennen ist, ist die Annahme einer einseitigen Schenkung nicht vornherein ausgeschlossen. Jedoch könnten die Gründe, die für das Erfordernis eines Schenkungsvertrages maß-

1 ähnlich Finger 130 u. JuS 1969, 309, 313.

2 Dette 34; Aberer 11 mwN. Vgl. auch Schumann 34.

3 vgl. Mot. II 288; Prot. II 1 ff.

gebend waren, auch zur Ablehnung des einseitigen Rechtsgeschäftes beim VzGD führen. Dann wäre sozusagen der hypothetische Wille des Gesetzgebers auf den Ausschluß einer einseitigen Schenkung gerichtet.

Maßgebend war vor allem der Gedanke, daß jemandem nichts ohne seinen Willen aufgedrängt werden dürfe.¹ Diese Gefahr besteht jedoch beim VzGD nicht, da der Dritte den Rechtserwerb mit Wirkung ex-tunc zurückweisen kann. Damit entfällt auch die Wirksamkeit der einseitigen Schenkung des VE. Insoweit steht das einseitige Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung, oder es ist ein Bedingungszusammenhang zwischen beiden Rechtsgeschäften anzunehmen. Weitere Gründe für die Ablehnung dürften gewesen sein, daß bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Beweisschwierigkeiten auftreten und an der Endgültigkeit des Willens des Schenkers Zweifel bestehen könnten.² Diese Gesichtspunkte treffen jedoch gerade beim VzGD viel weniger zu als bei einer gewöhnlichen Schenkung, da eine Vereinbarung mit dem VS vorliegt, und es dem VS als Partner des Rechtsgeschäftes im Gegensatz zum Beschenkten gleichgültig ist, wer die Forderung erhält. Die Voraussetzungen der einseitigen unentgeltlichen Zwecksetzung sind daher in aller Regel leicht zu beweisen. Aus der Ablehnung der einseitigen Schenkung durch die

1 Mot II 288; Prot. II 2; MünchKomm-Kollhosser § 516 RdNr. 9.

2 vgl. Mot. II 288 f.

Verfasser des BGB ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes als causa beim VzGD.¹ Das Erfordernis eines postmortalen Schenkungsvertrages steht demnach der Annahme des "Vollzuges" in Abs. 2 des § 2301 BGB nicht entgegen.

c. Differenzierung der Annahme des "Vollzuges" nach dem Schenkungsgegenstand

Harder hat sich gegen die Annahme des "Vollzuges" beim VzGD auf den Todesfall gewandt, weil Schenkungsgegenstand das Objekt des dem Dritten zustehenden Anspruchs und nicht der Anspruch selbst sei. Dieses dürfte auch bei vielen anderen der Grund sein, dem VzGD auf den Todesfall als Umgehung der erbrechtlichen Vorschriften anzusehen und einen Wertungswiderspruch zwischen § 331 und § 2301 BGB anzunehmen.² Einige sich der Erblasser mit dem Bedachten, müsse zumindest die Testamentsform eingehalten werden. Einige der sich dagegen mit einem unbeteiligten Dritten, so sei die Zuwendung formlos möglich.³ Daran wird deutlich, daß man als Schenkungsgegenstand das Objekt des dem Dritten zugewandten Anspruchs sieht und den VzGD nur als Mittel um die Übertragung des Schenkungsgegenstandes zu ermöglichen.⁴

1 ebenso im Ergebnis: Schindel 42. Siehe ferner unten S.238ff.

2 Damrau JurA 1970, 716, 732; Sandrock FamRZ 1975, 308; Huber JurA 1970, 784, 803.

3 Damrau JurA 1970, 716, 732; Finger JuS 1969, 309, 312.

4 vgl. auch BHG NJW 1975, 382 ff. Dort ist im Leitsatz von der Zuwendung des Geldbetrages die Rede; in den Entscheidungsgründen wird aber als Gegenstand der Schenkung der Anspruch auf Auszahlung angesehen.

Daß Gegenstand der Schenkung das Anspruchsobjekt ist, entnimmt Harder bei Erörterung einer BGH-Entscheidung aus dem Schreiben des Erblassers an seine Bank. Danach solle das Geld zugewendet werden, aber nicht der Anspruch.¹ Wenn das die entscheidende Begründung ist, müßte Harder konsequenterweise anders entscheiden, wenn der Erblasser eine andere Formulierung wählt, was zu vom Zufall abhängigen Ergebnissen führen würde. Diese Begründung ist auch deshalb zweifelhaft, weil gerade im Bankverkehr nicht die Erfüllung der Forderung im Vordergrund steht, sondern die Forderung selbst (Guthaben). Daß dieses von Laien vielleicht manchmal anders beurteilt wird, dürfte daran liegen, daß die Forderung einen unkörperlichen Vermögensgegenstand darstellt. Die Meinung Harders ist daher in der Begründung abzulehnen.

Im Ergebnis könnte ihr jedoch gleichwohl zu folgen sein. Die Vorschriften der §§ 518 Abs. 1 S. 2 und § 2301 Abs. 1 S. 2 BGB, die auch für kausale Forderungen gelten, zeigen, daß es für den Vollzug einer Schenkung nicht darauf ankommt, was von der Partei formal zum Schenkungsgegenstand erklärt wird. Es kommt vielmehr darauf an, was bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise tatsächlich den Gegenstand der Schenkung bildet. Für den VzGD i.S. v. § 331 BGB bedeutet das, daß bezüglich des "Vollzuges" zu unterschei-

1 Harder FamRZ 1976, 418, 420.

den ist.¹ Befindet sich das Anspruchsobjekt im Vermögen des VE und wird der VS zur Übertragung des Gegenstandes ermächtigt oder bevollmächtigt, so wird der VzGD nur benutzt, um eine formlose Zuwendung zu ermöglichen und erbrechtliche Vorschriften zu umgehen. Der wahre Schenkungsgegenstand bleibt im Vermögen des VE und wird erst aus dem Nachlaß ausgesondert. In diesen Ausnahmefällen² besteht tatsächlich der geltend gemachte Wertungswiderspruch zwischen § 331 BGB und § 2301 BGB. Gegenstand der Schenkung ist das Objekt des Anspruchs. Befindet sich dagegen - wie im Normalfall - das Anspruchsobjekt im Vermögen des VS oder einer anderen Person, so hat der VE die gesamte Rechtsposition, die er innehatte, mit Wirkung auf den Todesfall auf den Dritten übertragen. Schenkungsgegenstand ist die Forderung. Weitere Erfüllungshandlungen vom VE zu verlangen, gebietet auch § 2301 Abs. 2 BGB nicht. Nur in den Ausnahmefällen, in denen sich das Anspruchsobjekt im Vermögen des VE befindet, ist beim VzGD auf den Todesfall das Anspruchsobjekt als Schenkungsgegenstand anzusehen. Das einseitige Rechtsgeschäft des VE bedarf dann der Einhaltung der erbrechtlichen Formen (§2301 Abs. 1 S. 1 BGB) und ist bei Nichteinhaltung unwirksam und damit der in Bedingungszusammenhang stehende VzGD. Der Dritte erhält dann nichts.

1 ebenso Hinz JuS 1965, 299, 304; Weise 31; Aberer 17; Vgl. auch Staudinger-Boehmer vor § 1922 § 27 RdNr. 14; Boehmer, Grundlagen II 2, 92.

2 so auch Harder 126 f.

Ein solcher Ausnahmefall ist nicht schon dann gegeben, wenn der VE formal Rechtsinhaber ist, sondern der VE muß es auch wirtschaftlich sein. Ist dem VE beispielsweise treuhänderisch das Eigentum an einer Sache übertragen worden, kann der VE mit dem Treugeber einen Vertrag schließen, durch den ein Dritter einen Anspruch gegen den Treugeber erhält und bei dem der Treugeber gleichzeitig bevollmächtigt wird, das Eigentum an der Sache auf den Dritten zu übertragen. Hier hat der VE zwar formal seine Rechtsposition nicht vollständig aufgegeben, aber wirtschaftlich stand sie ihm auch gar nicht zu, so daß ein Aufgeben dieser Position auch nicht verlangt werden kann. Wirtschaftlich findet eine Eigentumsübertragung vom VS, dem Treugeber, auf den Dritten statt, so daß auch bezüglich der Forderungsveranschaffung durch VzGD ein "Vollzug" anzunehmen ist. Wichtig ist somit allein, daß die Rechtsposition, die dem VE wirtschaftlich zusteht und die den Gegenstand der Schenkung bildet, mit dem Tode auf den Dritten übergeht. Demnach ist in den Ausnahmefällen, in denen der VE trotz des VzGD rechtlich und wirtschaftlich Rechtsinhaber des Schenkungsgegenstandes bleibt, kein "Vollzug" gegeben.

Mit dieser Differenzierung nach dem Schenkungsgegenstand dürften auch die Hauptbedenken gegen die Anwendung der schenkungsrechtlichen Vorschriften ausgeräumt sein. Es stellt zu Recht eine Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften dar, wenn die Erben dulden müssen, daß ein Gegenstand aus dem Nachlaß ausgesondert wird, weil der Anspruch auf diesen Gegenstand formfrei zugewendet werden

kann. Vor allem erscheint dieses bedenklich, wenn diese Auffassung der h.M. allein mit dem Hinweis auf den originären Erwerb bzw. auf den Wortlaut der §§ 328 Abs. 1, 329 u. 330 S. 1 BGB ("unmittelbar") begründet wird. Die Auffassung der h.M.¹, die auch dann Lebendenrecht anwendet, wenn sich das Anspruchsobjekt zum Zeitpunkt des Todes des VE in seinem Vermögen befindet, ist somit abzulehnen. Im Regelfall des VzGD i.S. v. § 331 BGB, wenn sich das Objekt des dem Dritten zustehenden Anspruchs zum Zeitpunkt des Todes des VE im Vermögen des VS oder einer anderen Person als der des VE befindet, bestehen keine Bedenken gegen die Annahme des "Vollzuges".

Es hat sich somit gezeigt, daß zwischen § 331 BGB und § 2301 BGB kein Wertungswiderspruch besteht.² Der VzGD i.S. v. § 331 BGB ist wie eine widerrufliche Abtretung von Todes wegen als vollzogene

1 BGHZ 41, 95,96; BGH KTS 1967, 158,160; BGH WM 1976, 1130; Palandt-Heinrichs § 331 Anm. 16; Palandt-Keidel § 2301 Anm.4; Erman-Hense § 2301 RdNr.10; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.19; Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr.15; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr.9; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 5; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b bb; Büsselberg NJW 1964, 1952; Lieseke WM 1975, 286, 290; Kümpel WM 1977, 1186,1196; Mattern Anm. zu BGH LM Nr. 2 zu § 2301 BGB; Struck 72; Johannsen WM 1972, 1046.

2 ebenso Kegel 71. Demgegenüber meint Sandrock, die Problematik sei ohne systematischen Bruch nicht zu lösen (FamRZ 1975,308). Vgl. auch Finger JuS 1969, 309,313 u. Walter NJW 1972, 1356, 1357.

Schenkung zu behandeln.¹ Der Unterschied gegenüber der Abtretung besteht lediglich darin, daß der Dritte am Rechtsgeschäft nicht beteiligt ist, und eine einseitige Bestimmung des VE, daß die Zuwendung unentgeltlich sein soll, als kausale Rechtsfertigung ausreicht.

IV. Regelungslücke des § 2301 BGB wegen Wertungswiderspruches zu erbrechtlichen Vorschriften

Die Besonderheiten des VzGD auf den Todesfall könnten jedoch dazu führen, daß die erbrechtlichen Form- und Sachvorschriften umgangen werden. Jedenfalls wird die h.M., die ebenfalls zur Anwendung der Vorschriften des Schenkungsrechtes beim VzGD auf den Todesfall kommt, allerdings ohne die Einschränkung, daß sich das Anspruchsobjekt zum Zeitpunkt des Todes nicht in dessen Vermögen befinden darf, von einem großen Teil der Literatur für bedenklich gehalten. Sie sehen beim VzGD auf den Todesfall die Schenkung im Valutaverhältnis als erbrechtliches Rechtsgeschäft an und

1 ebenso Kegel 70; Soergel-M.Wolf § 2301 RdNr. 12; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 37; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b aa; Meincke 81; Köster 92; Kämper 116, differenzierend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten; Wieacker, FS für Lehmann 271, 283; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4 b; Kümpel WM 1977, 1186, 1191; wohl auch Hinz JuS 1965, 299, 303.
AA: Erman - H.P. Westermann § 331 RdNr.5; Finger 127 u. NJW 1970, 374, 377; H. Thiele 78; Heck § 95,3; Griesche 29; Harder 149 u. FamRZ 1976, 418, 421 u. 425; Giesen zitiert bei Harder 149 FN 151; KG NJW 1971, 1808; wohl auch BGH WM 1978, 895, 896; Grunsky 627; Walter NJW 1971, 2311, wendet aber gleichwohl § 2301 Abs. 2 BGB analog an.

wollen die erbrechtlichen Sach- und Formvorschriften¹ oder nur die Sachvorschriften² anwenden. Dieses ist aber - wie bereits oben ausgeführt - nur möglich, wenn das vom Gesetzgeber angeordnete Kriterium des "Vollzuges" nicht genügend die Besonderheiten des VzGD auf den Todesfall berücksichtigen kann. Das Kriterium des "Vollzuges" ist bezüglich eines VzGD i.S. v. § 331 BGB als ungeeignet anzusehen, wenn durch die Anwendung von Schenkungsrecht die erbrechtlichen Vorschriften umgangen werden könnten, also ein Wertungswiderspruch zu den erbrechtlichen Vorschriften besteht. Dann wäre davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Anwendung von Schenkungsrecht nicht normiert hätte.³

1. Wertungswiderspruch zu den Formvorschriften

Gegen die formlose Zuwendung durch einen VzGD i.S. v. § 331 BGB wird geltend gemacht, daß die erbrechtlichen Formvorschriften "ausgehöhlt" würden.⁴ Es entstünden vor allem Beweisschwierigkeiten, weil der Streit um eine solche Zuwendung erst stattfindet, wenn der eine

1 siehe zu den Vertretern dieser Meinung oben S.124 FN 1.

2 siehe zu den Vertretern dieser Meinung oben S.127 FN 1 u. 2.

3 eine Regelungslücke bei § 2301 BGB nehmen an:
Hoffmann AcP 158, 178, 180; Aberer 17; Maß 39; Weise 30;
Heck § 95, 3; Walter NJW 1971, 2311.

4 Medicus RdNr. 396; Kipp-Coing § 81 II 1 a; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 25 RdNr. 1 u. 3; Aberer 17.

Beteiligte nicht mehr lebe.¹

Diese Schwierigkeiten treten aber bei allen formlos wirksamen Schenkungen i.S. v. § 2301 Abs. 2 BGB auf. Bei ihnen tritt die Problematik in der Praxis nicht so häufig hervor, weil der Erblasser beim VzGD auf den Todesfall häufig ein Geheimhaltungsinteresse an der Zuwendung hat. Der Begünstigte soll erst nach dem Tode des Schenkers von der Zuwendung erfahren.²

Dieses kann der Schenker nur durch einen VzGD erreichen, da der Begünstigte bei anderen Verfügungstatbeständen mitwirken muß. Beim VzGD trifft der Schenker die Vereinbarung mit einer Person, die durch die Drittbegünstigungsklausel weder Vor- noch Nachteile hat. Dem VS ist es gleichgültig, ob er dem VE oder einem Dritten die Schuld gegenüber zu erbringen hat. Sonst wäre er wohl nicht mit der Drittbegünstigungsklausel einverstanden gewesen. Bei den gewöhnlichen Verfügungstatbeständen ist dagegen der Vertragspartner des Schenkers auch der Begünstigte. Beim VzGD i.S. v. § 331 BGB bestehen daher viel geringere Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Echtheit der Anordnung³ (sog. Authentizitätsfunktion der erbrechtlichen Formvorschriften). Da der VE die Drittbegünstigung bis zum Tode widerrufen kann, besteht auch die Gefahr eines übereilten Vermögensopfers nicht,⁴

1 Medicus RdNr. 396.

2 Harder FamRZ 1976, 418,427; Kümpel WM 1977, 1186, 1188; Bökelmann JR 1975, 243.

3 ebenso Hinz JuS 1965,299,302;Aberer2; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 191; Dorow 175. AA:Finger JuS 1969,309, 313 u. WM 1970, 374,379, wendet aber gleichwohl die erbrechtlichen Formvorschriften nicht an; Maß 32 f.

4 Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 188; Aberer 2; Hinz JuS 1965,299,302; Wieacker, FS für Lehmann 271,274. AA: Finger WM 1970, 374,379; wohl auch Leonhard 364.

so daß auch die Warnfunktion der Formvorschriften nicht beeinträchtigt wird. Ein Normwiderspruch zu den erbrechtlichen Formvorschriften ist daher nicht ersichtlich.

2. Wertungswiderspruch zu den Sachvorschriften

Gegen die Annahme einer vollzogenen Schenkung beim VzGD auf den Todesfall wird vor allem vorgebracht, daß die Pflichtteilsberechtigten und Nachlaßgläubiger in unzumutbarer Weise benachteiligt würden.¹ Bei einem Nachlaßkonkurs gerate die Rangfolge des § 226 KO völlig durcheinander. (sog. Einordnungsproblem).² Die Anwendung der Vorschriften über die Schenkungen unter Lebenden bei einem VzGD auf den Todesfall statt der erbrechtlichen Normen könnte somit eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Nachlaßgläubiger und der Pflichtteilsberechtigten darstellen.

a. Benachteiligung der Rechte der Nachlaßgläubiger

Bei der Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften würde die Forderung des Dritten zum Nachlaß gehören und die Nachlaßgläubiger können uneingeschränkt darauf zurückgreifen.³ Um dieses bei der Anwendung der schenkungsrechtlichen Vorschriften zu erreichen, sind die Nachlaßgläubiger auf die Schenkungsanfechtung nach

1 Grunsky 626.

2 Kipp-Coing § 81 II 1 b; Medicus RdNr. 397; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 25 RdNr. 4; Finger 89 u. JuS 1969, 309, 310; Hinz JuS 1965, 299, 301.

3 dafür Heck § 95, 3 .

den §§ 3 Abs. 1 Ziff. 3 u. 4 AnfG u. 32 Ziff. 3 u. 4. KO verwiesen. Die Benachteiligung, die meistens nicht näher untersucht wird, soll nun darin bestehen, daß der Dritte nur nach Bereicherungsrecht haftet, sich also auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (§ 818 Abs. 3 BGB)¹, und ferner darin, daß die Frist der Schenkungsanfechtung schon mit der Schenkungsverhandlung und nicht mit dem Vollzug der Schenkung, also nicht mit dem Todesfall beginnt.²

Das Problem des Wegfalls der Bereicherung kann jedoch beim VzGD nur entstehen, wenn die Forderung bereits erfüllt worden ist. Da das Erfüllungsgeschäft aber vom wirksamen Bestehen der Forderung unabhängig ist, findet dann auch bei den erbrechtlichen Vorschriften und einer eventuellen Unwirksamkeit des VzGD nur Bereicherungsrecht Anwendung. Aus der Geltung des § 818 Abs. 3 BGB ergibt sich somit kein Unterschied.

Auch bezüglich des Fristbeginns besteht bei der Schenkungsanfechtung gegenüber den erbrechtlichen Vorschriften kein Unterschied. Maßgebend ist der Vollzug der Schenkung,³ also beim VzGD i.S. v. § 331 BGB der Tod des VE. Die Nachlaßgläubiger können daher im Wege der Schenkungsanfechtung auf die Forderung des Dritten

1 Finger 92, Jus 1969, 309, 310, WM 1970, 374, 378 u. NJW 1972, 497, 498.

2 Kipp-Coing § 81 II 2; Kohlbach 84; M. Reinicke XV; Geginat 30; Finger NJW 1972, 497, 498; Ehrenberg Jher b 41, 341, 397. AA: Struck 82; Geister 42; Gast 29; Brox RdNr. 737; Rückbeil 54; Draeger 30; Hellwig 367; Teermer u. Ebmeyer zitiert bei Rückbeil 54.

3 Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 32 RdNr. 19 mwN.

zugreifen.

Hinsichtlich der Rechte der Nachlaßgläubiger ist es demnach gleichgültig, ob man eine Verfügung von Todes wegen oder eine Schenkung unter Lebenden annimmt.¹

b. Benachteiligung der Rechte der Pflichtteilsberechtigten

Bei der Anwendung der erbrechtlichen Sachvorschriften ist die Forderung zum Nachlaß zu rechnen und danach bestimmt sich der Pflichtteilsanspruch. Bei der Anwendung der schenkungsrechtlichen Vorschriften steht dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB und eventuell nach § 2329 BGB ein Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zu. Dadurch wird erreicht, daß die Rechte der Pflichtteilsberechtigten nicht durch Schenkungen unter Lebenden beeinträchtigt werden.

Eine Benachteiligung könnte sich aber aus dem unterschiedlichen Fristbeginn ergeben.² Würde man auf die Schenkungshandlung abstellen, könnte maßgebender Zeitpunkt der Abschluß des VzgD und nicht der Todesfall sein. Die wohl h.M. stellt jedoch auch im Rahmen von § 2325 Abs. 3 BGB auf den Leistungserfolg, also auf den Vollzug der Schenkung ab.³

1 ebenso Wieacker, FS für Lehmann 271,275; Brox RdNr. 743; Erman-Hense § 2301 RdNr.13; W.Haas 43; Köster 19; Papenheim 30; Kohlbach 48.

2 so Kipp-Coing § 81 II 1 b; M. Reinicke XV; Finger NJW 1972, 497,498.

3 vgl. die Nachweise bei Reuter JuS 1971, 289,291 ff.

Es spricht einiges dafür, dieser Auffassung zu folgen, da der 1. Entwurf noch sämtliche Schenkungen dem Pflichtteilsergänzungsanspruch unterstellte.¹ Die Rechte der Pflichtteilsberechtigten dürfen daher nicht nur aus Beweisschwierigkeiten, die maßgebend für den Gesetzgeber waren, über die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB hinaus eingeschränkt werden.² Die M.m. stellt zudem nur dann auf die Leistungshandlung ab, wenn der Schenker bereits alles getan hat, damit der Leistungserfolg eintritt.³ Das ist beim VzGD auf den Todesfall allein durch die Drittbegünstigungsabrede nicht gegeben, da der Eintritt der Leistungserfolges noch davon abhängt, daß der VE keinen anderen als Begünstigten benennt bzw. die Begünstigung nicht widerruft und keine beeinträchtigende Verfügung hinsichtlich der Forderung trifft. Daß die Zuwendung noch nicht endgültig ist, zeigt sich besonders deutlich, wenn die Forderung weiterhin in der Höhe ständig wechselt. Man spricht daher zu Recht beim VzGD i.S. v. § 331 BGB von einer "Dauerschenkung".⁴ Die M.m. stellt in den zu unterscheidenden Fällen auf die Leistungshandlung ab, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine geschützte Position des Beschenkten vorlag.⁵ Es ist daher nicht

1 Mot. V 449 ff.

2 OLG Schleswig NJW 1975, 315, 316.

3 BGH NJW 1970, 1638, 1639.

4 so Harder FamRZ 1976, 617, 619.

5 vgl. BGH NJW 1970, 1638 ff; BGH NJW 1974, 2319 ff;
OLG Schleswig NJW 1975, 315 f.

sicher, daß die M.m. für den VzGD i.S. v. § 331 BGB zu einem anderen Ergebnis bezüglich des Fristbeginns kommt.

Dieser Streit braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, da der unterschiedliche Fristbeginn jedenfalls keine Besonderheit des VzGD auf den Todesfall darstellt und auch nicht so gravierend ist, um damit eine Regelungslücke des § 2301 BGB bejahen zu können. Ebenfalls ist es kein wesentlicher Unterschied, daß § 233o BGB¹, wonach Anstandsschenkungen unberücksichtigt bleiben, bei Verfügungen von Todes wegen nicht gilt.

Die Einordnungsproblematik des § 226 KO könnte jedoch zu einem Wertungswiderspruch führen. Nach § 226 Abs. 2 KO rangieren bei einem Nachlaßkonkurs die Pflichtteilsberechtigten (Ziffer 4) nach den Begünstigten einer Schenkung unter Lebenden (Ziffer 3). Ordnet man nun den VzGD zur Ziffer 3, so wäre die Forderung der Pflichtteilsberechtigten nach der Forderung des Dritten zu erfüllen. Bei § 226 KO geht es jedoch um die Rangfolge bei Ansprüchen, die aus dem Nachlaß zu erfüllen sind. § 226 Abs. 2 Ziffer 3 KO paßt daher beim VzGD i. S. v. § 331 BGB nur dann, wenn sich das Anspruchsobjekt zum Zeitpunkt des Todes des VE in dessen Vermögen befindet und der VS zur Verfügung über das Anspruchsobjekt ermächtigt oder bevollmächtigt wurde.

1 darauf weist hin: Finger 9o, JuS 1969, 3o9, 31o, WM 197o, 374, 378 u. NJW 1972, 497, 498.

In diesen Ausnahmefällen des VzGD auf den Todesfall liegt jedoch kein "Vollzug" i.S. v. § 2301 Abs. 2 BGB vor. Im Regelfall hat demgegenüber der VE seine Rechtsposition (Gläubigerschaft) mit dem Tode auf den Dritten übertragen und eine weitere Erfüllung aus dem Nachlaß ist nicht erforderlich. Nur wenn man mit der h.M. dieser Differenzierung nach dem Schenkungsgegenstand (Anspruch oder Anspruchsobjekt) nicht folgt, ergibt sich das genannte "Einordnungsproblem". Da die Pflichtteilsberechtigten nach § 226 KO und anderen Vorschriften schutzwürdiger als die Begünstigten einer nicht vollzogenen Schenkung unter Lebenden sind, müßte die h.M. erklären können, weshalb bei gleicher Interessenlage die Pflichtteilsberechtigten schlechter behandelt werden. Die h.M. gelangt somit zu einem Wertungswiderspruch zwischen § 226 KO und § 2301 BGB. Hinsichtlich der Ausnahmefälle des VzGD i.S. v. § 331 BGB ist somit der M.m. Recht zu geben und kein Schenkungsrecht anzuwenden. § 226 KO unterstützt somit die im Rahmen des § 2301 Abs. 2 BGB gefundene Differenzierung nach dem Schenkungsgegenstand. Folgt man somit dieser Differenzierung, ergeben sich aus § 226 KO keine Bedenken.

Jedoch könnte ein "Einordnungsproblem" des § 228 Abs. 1 KO bestehen. Nach § 228 Abs. 1 KO darf ein im Wege der Schenkungsanfechtung zurückgewährter bzw. zu gewährender Gegenstand nicht zur Befriedigung eines Pflichtteilsanspruchs verwendet werden. Daraus ergibt sich auch, daß die Rechte auf vollzogenen Schenkungen Vorrang haben vor denen der Pflichtteilsberechtigten. Wendet man daher bei einem VzGD auf den Todesfall das Recht der Schenkungen unter Lebenden an, kann ein

Pflichtteilsberechtigter nicht bezüglich der Forderung des Dritten befriedigt werden und stünde daher schlechter als bei der Geltung von Erbrecht. Jedoch ist in einem solchen Fall § 2329 BGB tatbestandlich gegeben und der Pflichtteilsberechtigte erhält einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten. Dieser Anspruch wird auch von § 228 Abs. 1 KO nicht erfaßt, da sonst die Rechte der Pflichtteilsberechtigten in unzulässiger Weise beschränkt würden.¹ Ein Wertungswiderspruch zu § 228 Abs. 1 KO besteht somit ebenfalls nicht.

Eine Benachteiligung der Rechte der Nachlaßgläubiger ist somit nicht gegeben.² Die Unterschiede bei den Rechten der Pflichtteilsberechtigten sind sehr gering und stellen zudem keine Besonderheit des VzGD auf den Todesfall dar. Eine Regelungslücke des § 2301 BGB bei Anwendung von Schenkungsrecht auf den VzGD i.S. v. § 331 BGB wegen eines Wertungswiderspruchs zu den Sachvorschriften der Verfügungen von Todes wegen ist demnach nicht gegeben. Nur wenn man der h.M. folgt und eine vollzogene Schenkung auch dann annimmt, wenn der Gegenstand der Schenkung das Anspruchsobjekt und nicht der Anspruch ist, liegt ein Normwiderspruch zu § 226 KO vor.

1 Jaeger-Weber § 228 RdNr. 3.

2 ebenso im Ergebnis Erman-Hense § 2301 RdNr. 13; Brox, RdNr. 743; Wieacker, FS für Lehmann 271, 275; Gast 30; Griesche 30; Kohlbach 48.

Das Kriterium des "Vollzuges" hat sich daher bei der Anwendung von Schenkungsrecht auf einen VzGD i.S. v. § 331 BGB nicht als ungeeignet erwiesen, so daß auch keine Regelungslücke im Verhältnis des § 331 BGB zu § 2301 BGB vorliegt.

Ergebnis: Demnach ist auf einen VzGD i.S. v. § 331 BGB das Recht der Schenkungen unter Lebenden anzuwenden, wenn die Zuwendung des VE an den Dritten unentgeltlich erfolgt und Schenkungsgegenstand die Forderung und nicht das dem VE gehörende Objekt der Forderung ist. Daher ist im Regelfall der h.M., die generell Schenkungsrecht anwendet, zu folgen.

Dieses Ergebnis läßt sich dogmatisch befriedigend nur aus der Subsumtion unter Abs. 2 des § 2301 BGB ableiten. Die h.M. begründet ihre Auffassung hauptsächlich mit der Annahme des originären Erwerbes und des "Vollzuges" i.S. v. § 2301 Abs. 2 BGB.¹ "Vollzug" bedeutet aber, daß der Schenkungsgegenstand zumindest mittelbar vom Schenker auf den Beschenkten übertragen wird. Gegen die Annahme, die Forderung des Dritten habe jemals - rechtlich oder wirtschaftlich - zum Vermögen des VE gehört, wendet sich aber gerade die h.M. mit der Annahme des originären Erwerbes. Daher ist die Auffassung der h.M. in sich widersprüchlich.

Ferner ist nicht mit der Annahme eines originären Erwerbes das Verlangen der h.M. nach einem Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis vereinbar. Wenn die Forderung des Dritten weder rechtlich noch wirtschaftlich aus dem Vermögen des VE stammt, kann sie auch nicht Gegen-

¹ siehe zum Meinungsstand oben S. 116 ff.

genstand eines Schenkungsvertrages sein, bei dem der VE der Schenker ist.¹ Konsequenterweise dürfte nicht geschenkt sein² und ein Schenkungsvertrag nicht erforderlich sein.

Da die h.M. zudem infolge des originären Erwerbes den VzGD als Verpflichtungsgeschäft qualifiziert, § 2301 Abs. 2 BGB aber eine Verfügung voraussetzt, kann die Anwendung von Schenkungsrecht nur bei Annahme eines abgeleiteten Erwerbes und einer Verfügung begründet werden.³

Daher ist die Auffassung der h.M. in der Begründung abzulehnen.

-
1. ähnlich Damrau Jura 1970, 716, 736. Vgl. auch Dorow 55 f, bezüglich der Prämien, die nach h.M. als Schenkungsgegenstand bei einem Lebensversicherungsvertrag angesehen werden, fehle es an der erforderlichen Schenkungsvereinbarung zwischen dem VE und dem Dritten.
 2. darauf weist zu Recht Schindel 54 hin.
 3. Harder (FamRZ 1976, 418, 421) lehnt deshalb konsequenterweise die Annahme eines Leistungsvollzuges ab. Ferner kommt ein Teil der Literatur (Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 27 RdNr. 17; Brox RdNr. 740) bezeichnenderweise durch die Anerkennung der Verfügungen zGD zur Annahme des "Vollzuges".

B. Rechte der Nachlaßgläubiger und Pflichtteils-
berechtigten bei einem Lebensversicherungsvertrag

Bei einem Lebensversicherungsvertrag hat die Auffassung der h.M. vom originären Erwerb dazu geführt, daß die Rechte der Nachlaßgläubiger und Pflichtteilsberechtigten aus den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 AnfG, 32 Nr. 1 u. 2 KO und 2325 BGB bezüglich beeinträchtigender Schenkungen des Erblassers unter Lebenden eingeschränkt wurden. Wegen des originären Erwerbes nimmt die h.M. an, daß die Forderung auf die Versicherungssumme weder rechtlich noch wirtschaftlich zum Vermögen des VE gehört habe und daher nicht als Schenkungsgegenstand in Betracht käme. Geschenkt seien vielmehr die vom VE gezahlten Prämien. Dieses sind bei der Anfechtung die im letzten bzw. beiden letzten Jahren vor dem Erbfall und beim Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB in den letzten zehn Jahren gezahlten Prämien, deren Wert sehr viel geringer ist als der der Versicherungssumme. Diese Auslegung könnte sogar mit der Maßgabe auf alle VzGD ausgeweitet werden, daß generell der für die Rechte der Gläubiger maßgebende Schenkungsgegenstand die vom VE gemachten Aufwendungen sind.¹

¹ so Erman-Hense § 2301 RdNr. 12; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b cc; vgl. auch BGH NJW 1965, 1913, 1914; Finger WM 1970, 374, 378 u. NJW 1972, 497, 498. Siehe auch BGH FamRZ 1976, 616, 617, der die Auslegung sogar auf die Abtretung der Versicherungsforderung ausweitet.

I. Darstellung des Meinungsstandes

1. Die h.M. sieht die in der genannten Frist gezahlten Prämien und nicht die Forderung als Schenkungsgegenstand an. Dabei unterscheidet die h.M. jedoch danach, ob der Dritte sofort bezeichnet wird, oder die Forderung dem VE eine Zeitlang zugestanden hat.¹ Nur im letzten Fall wird die Forderung als Schenkungsgegenstand angesehen.²

Diese Ergebnisse werden damit begründet, daß ein Recht, das dem Schenker niemals zugestanden habe, auch nicht Gegenstand der Schenkung sein könne. Geschenkt könnten daher bei sofortiger Bezeichnung nur die Versicherungsprämien sein. Entsprechendes müßte gelten, wenn der VE die Bezugsbezeichnung ändert und gleichzeitig mit der Änderung einen anderen Begünstigten benennt.

Hat dagegen der VE zu irgendeinem Zeitpunkt keinen Berechtigten benannt, geht die h.M. davon aus, daß dem VE während dieser Zeit die Versicherungsforderung zugestanden hat, und sieht sie als Gegenstand der Schenkung an.

1 RGZ 51, 403, 405; RGZ 61, 217, 219; RGZ 62, 46, 48; RGZ 66, 158, 161 f; RGZ 128, 187, 190; RGZ 153, 220, 228; wohl auch BGHZ 7, 135, 142 f; BGH NJW 1965, 1913, 1914; BGH FamRZ 1976, 616, 617; Jaeger-Lent § 32 RdNr. 23 u. 24; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 32 RdNr. 17, bei den sonstigen VzgD aber soll der Anspruch bzw. dessen Wert zurückzugewähren sein (RdNr. 16); Böhle-Stamschräder § 32 Anm. 5; RGRK-Ballhaus § 330 RdNr. 7; Soergel-R. Schmidt § 330 RdNr. 6; Paland-Heinrich § 330 Anm. 2 d; Haegele Rpfl 1969, 156, 160; Schindel 60f; Berkowitz 87 ff; Köster 20 f; Kohlbach 76 ff; Lücke 59; Maß 32 f; Kuhnle 57; Geister 43; Rückbeil 54.

2 so ausdrücklich Maß 32 f; Kuhnle 57.

Die Auffassung der h.M. ist demnach eine Konsequenz aus der Annahme des originären Erwerbes und die Ergebnisse müßten daher nach der h.M. für jeden VzGD gelten.¹ Begründet wird die Auffassung der h.M. meistens nur mit dem Hinweis auf das Wort "unmittelbar" in §§ 328 Abs. 1, 329 u. 330 S. 1 BGB. Darüberhinaus dürfte der Fürsorgecharakter des Lebensversicherungsvertrages eine maßgebliche Rolle bei der Auffassung der h.M. gespielt haben, da er häufig als zusätzlicher Grund angeführt wird.² Mit dem Fürsorgecharakter ist gemeint, daß in der Regel nahe Angehörige als Begünstigte eingesetzt werden, um ihre Versorgung zu sichern.

Im Ergebnis erreicht die Rspr. jedoch häufig eine Angleichung bei der Behandlung der sofortigen und der nachträglichen Bezugsbezeichnung,³ indem sie sie als anfechtbare Handlung die Bezugsbezeichnung ansieht. Da die Bezugsbezeichnung in aller Regel schon lange Zeit vor dem Erbfall ausgesprochen wird, ist regelmäßig die Frist verstrichen, um auf die Ver-

1 darauf weist auch Heilmann KTS 1972, 14, 18 hin. Die Auslegung, daß Schenkungsgegenstand die Prämien sind, hat der BGH neuerdings sogar auf die Abtretung einer Versicherungsforderung ausgeweitet (BGH FamRZ 1976, 616, 617).

2 Borgmann 4; Kuhnle 59; Mehn 46; Hagen ZVersW 1933, 325, 332.

3 darauf weisen hin: Haegele Rpfl 1956, 158, 160; Hohner 129 FN 3; Finger JuS 1969, 309, 311.

sicherungsforderung zugreifen zu können.¹ Dann sind nach h.M. auch bei nachträglicher Bezugsbezeichnung die in der Frist gezahlten Prämien das Objekt der Schenkung.² Die Rechtssprechung wechselt also wegen des Fristablaufs das Objekt der Schenkung.

2. Die Differenzierung der h.M. nach der sofortigen und der nachträglichen Bezugsbezeichnung wird vielfach abgelehnt, weil sie ohne sachlichen Grund und von Zufälligkeiten abhängig sei.³ Einige wollen daher wegen des originären Erwerbes in jedem Fall die Prämien als Schenkungsgegenstand ansehen,⁴ oder lehnen eine Anfechtung völlig ab.⁵ Andere wollen umgekehrt immer die Forderung als Objekt der Schenkung behandeln,⁶ weil sie wirtschaftlich zum Ver-

1 aA Geister 43; Brox RdNr. 737; Rückbeil 54; Struck 82; Gast 29; Draeger 30.

2 RGZ 153, 220, 229.

3 Geginat 29; Hohner 129 f; Hoffmann AcP 158, 178, 184; Dorow 55.

4 Staudinger-Kaduk § 330 RdNr. 25; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 41; Soergel-M. Wolf § 2301 RdNr. 14; Jauernig-Stürner § 2301 Anm. 2 b cc; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4 a; Erman-Hense § 2301 RdNr. 12; Staudinger-Boehmer vor § 1922, § 27 RdNr. 12; Boehmer, Grundlagen II 2 93; Schmitz 59; Schaefer 27; Meyn Recht 1906, Sp. 232, sp. 234; Stahl zitiert bei Harder 128 FN 36.

5 Mehn 45; Schwarz 41; Dorow 60 f (die Begünstigung naher Angehöriger sei die Erfüllung einer moralischen Pflicht; deshalb sei die Zuwendung nicht unentgeltlich).

6 G.u.D. Reinicke NJW 1965, 1053, 1054 f; Heilmann KTS 1972, 14, 19 u. VersR 1972, 997, 1001; Geginat 29; Draeger 28 f; H. Müller 19 u. 32; Wienandts 38; Stübler 49; Dette 40 FN 139; Dorow 56; Köster 80; Hellwig 337 f; Josef JherJB 66, 36, 39 f, 43 ff u. 56; H. Thiele 118.

mögen des VE gehöre und auch sonst mittelbare Zuwendungen ausreichen.

3. Eine andere Auffassung stellt weder auf die Versicherungsprämien noch auf den Anspruch auf die Versicherungssumme ab, sondern auf den sog. Rückkaufswert der Versicherung. Nach § 165 VVG kann der Versicherungsnehmer (VE) die Versicherung kündigen, und es entsteht dann ein Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft in Höhe der gezahlten Prämien abzüglich eines festgelegten, angemessenen Betrages (vor allem für Anwendungen der Versicherungsgesellschaft). Dieser Anspruch ist der sog. Rückkaufswert oder die Prämienreserve. Da dieses der Wert ist, den der VE sich zu eigen machen könne, bilde dieser Wert zur Zeit der Begünstigungsbezeichnung den Gegenstand der Schenkung zuzüglich der danach gezahlten Prämien.¹

Ähnlich wie die soeben dargestellte Meinung knüpft ein Teil der Literatur an den Rückkaufswert an, aber nur insoweit als dieser innerhalb der Fristen gestiegen ist.²

4. Noch andere wollen wegen des Fürsorgecharakters des Lebensversicherungsvertrages §§ 850 Abs. 3 b ZPO bzw. 1624 Abs. 1 BGB analog anwenden, um die nah-en Angehörigen zu begünstigen.³

1 Prölss-Martin nach § 178 Anm. 6 b.

2 Behrend LZ 1908, Sp. 125, Sp. 135; Hamelbeck NJW 1965, 955.

3 Sieg, FS für Klingmüller 447, 454, 457 u. 462; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr. 15. Vgl. auch H. Thiele 119; Plumbohm NJW 1938, 349, 352.

II. Stellungnahme:

Insgesamt zeigen die unterschiedlichen Meinungen, daß wegen des Fürsorgecharakters und weil andere Versicherungen kraft gesetzlicher Anordnung dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen sind,¹ bei der Lebensversicherung eine Kompromißlösung² angestrebt wird, indem man die Versicherungssumme aufspaltet.

Die Auffassung der h.M. ist abzulehnen. Die unterschiedlichen Ergebnisse der h.M. hängen von bloßen Zufälligkeiten ab, und zwar davon, ob dem VE zu irgendeinem Zeitpunkt der Anspruch auf die Versicherungssumme zustand. Die h.M. müßte daher z.B. die Forderung als Schenkungsgegenstand ansehen, wenn die Drittbegünstigung widerrufen wird und nicht sofort, sondern einige Tage später eine neue Drittbegünstigung ausgesprochen wird. Die Prämien wären aber geschenkt, wenn sofort mit dem Widerruf eine neue Bezugsbezeichnung getroffen wird. Eine solche Unterscheidung ist sachlich nicht gerechtfertigt und daher abzulehnen.³ Ferner ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Auslegung nur für den Lebensversicherungsvertrag, aber nicht für die anderen Verträge zgD auf den Todesfall gelten soll. Ein originärer Erwerb liegt nach h.M. bei jedem Vzgd vor und die h.M. müßte daher immer auf die Auf-

1 vgl. dazu Haegele Rpfl 1969, 156 mwN.

2 Hohner 129; Plumbohm JW 1938, 349, 352. Vgl. auch Medicus RdNr. 401.

3 Außerdem fehlt es bezüglich der Prämien an einem Schenkungsvertrag, worauf zu Recht Schindel 54 hinweist.

wendungen des VE als Schenkungsgegenstand abstellen. Der in aller Regel vorliegende Fürsorgecharakter des Lebensversicherungsvertrages ist jedenfalls keine ausreichende Legitimation dafür, weil dieser nicht immer gegeben ist,¹ und auch bei den sonstigen Verträgen zGD vorliegen kann und ein zu unbestimmter Rechtsbegriff ist, den daher auch die 1. Kommission als Auslegungskriterium ablehnte.² Schließlich ist es mit der Annahme, daß Schenkungsgegenstand die Prämien sind, nicht vereinbar, beim Schenkungsvertrag als Objekt die Forderung anzusehen. Nach der h.M. müssen sich der VE und der Dritte zwar über das Behaltendürfen der Forderung einigen, geschenkt sollen aber nur die Prämien sein.³ Dieser Widerspruch wird dann besonders deutlich, wenn die h.M. bei einem Fristablauf ein anderes Objekt als Schenkungsgegenstand ansieht.⁴

Da der Anspruch auf die Versicherungssumme rechtlich und wirtschaftlich vom VE abstammt, ist allein die Auffassung, die diesen Anspruch als Schenkungsgegenstand ansieht, richtig.

Zu dem Ergebnis, daß Schenkungsgegenstand die Forderung ist, hätte die h.M. auch schon bei der Annahme des

1 H. Thiele 69.

2 Prot. I 755.

3 ähnlich Harder FamRZ 1976, 617, 618.

4 Finger 66 sieht dieses nicht als Widerspruch an. Er meint, daß das Reichsgericht die Prämien als Berechnungsgrundlage für die an den Dritten vermittelte Zuwendung ansehe. Dieses läßt sich m.E. aber aus den Entscheidungen nicht entnehmen.

originären Erwerbes kommen müssen. Da der VE die Forderung durch seine Aufwendungen begründet hat, stammt die Versicherungsforderung zumindest wirtschaftlich aus dem Vermögen des VE, was für die genannten Rechte entscheidend ist.¹ Das ergibt sich schon daraus, daß auch sonst nicht auf die gemachten Anwendungen abgestellt wird, weil u.U. entweder keine gemacht wurden oder die Aufwendungen höher sein können und der Bedachte dann mehr herausgeben müßte, als er erlangt hat.² Es muß daher das herausgegeben werden, was der Beschenkte erhalten hat. Das ist beispielsweise sogar der Gewinnerlös eines geschenkten Loses.³ Die Richtigkeit des Abstellens auf die Forderung folgt weiter noch daraus, daß mittelbare Zuwendungen über das Vermögen eines anderen auch als Schenkungsgegenstand angesehen werden.⁴ Auch bei einer unentgeltlichen Vorausabtretung würde man nicht wegen des Direkterwerbes auf die Idee kommen, an die gemachten Aufwendungen des Abtretenden anzuknüpfen. Daß wirtschaftlich die gesamte Summe aus dem Vermögen des VE stammt, zeigt schließlich § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG, wonach die Forderung steuerlich als Nachlaßbestandteil behandelt wird.

1 H. Thiele 33 mwN.

2 Finger 67; Harder FamRZ 1976, 617, 618.

3 Jaeger-Lent § 32 RdNr.21; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 32 RdNr.16; Böhle-Stamschräder § 32 Anm.2 a; Harder FamRZ 1976, 617, 618.

4 Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 32 RdNr.14; H.Thiele 31 ff mwN.

Daß die h.M. gleichwohl nicht anders entschieden hat, dürfte an einer Überbetonung des originären Erwerbes liegen, die die Sicht auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise verstellt hat. Ferner dürfte der Fürsorgecharakter des Lebensversicherungsvertrages und das verständliche Streben eines Erblassers, die Versicherungssumme lieber nahen Angehörigen als seinen Gläubigern zukommen zu lassen, maßgeblicher Einfluß gehabt haben. In einigen Rechtsordnungen¹ ist daher die Versicherungssumme dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen, und Gleiches hat der deutsche Gesetzgeber für die an das Arbeitsverhältnis angeknüpfte Hinterbliebenenversorgung angeordnet.² Daraus läßt sich jedoch für den Lebensversicherungsvertrag ~~de~~ lege lata nichts herleiten. Die Nachlaßgläubiger haben Vorrang vor den Interessen des Erblassers an der Versorgung der nächsten Angehörigen.³ Für einen generellen oder teilweisen Entzug des Vermögensgegenstandes ist daher eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung notwendig. Die §§ 850 Abs. 3 b ZPO und 1624 Abs. 1 BGB reichen dazu jedenfalls nicht aus, da sie insoweit nicht verallgemeinerungsfähig sind.⁴ Eine gesetzliche Anordnung i.S. eines Entzuges erscheint indessen wenig sinnvoll, da die Nachlaßgläubiger ein Entgelt für ihre Forderungen erbracht haben und das Existenzminimum der nahen Angehörigen heute durch staatliche

1 vgl. dazu Berkowitz 101 ff; Draeger 39 f.

2 Medicus RdNr. 401. Vgl. ferner Haegele RpfI 1969, 156 mwN.

3 Braeger 23; Thiele 70.

4 so auch Dorow 64.

Leistungen ohnehin ausreichend gesichert ist.¹

Gegenstand der Schenkung ist also auch beim Lebensversicherungsvertrag die Forderung des Dritten. Für die Rechte aus den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 AnfG, 32 Nr. 1 u. 2 KO und 2325 BGB bezüglich eines Lebensversicherungsvertrages ist demnach entgegen der h.M. die Forderung auf die gesamte Versicherungssumme maßgebend.

1 ähnlich H. Thiele 71.

C. Verfügungen des VE über die Forderung des Dritten

Beim Abschluß eines VzGD kann der VE sich vorbehalten, die Begünstigung aufzuheben oder abzuändern (vgl. §§ 328 Abs. 2, 332 BGB).¹ Es soll nun untersucht werden, welche Anforderungen an eine Verfügung des VE zu stellen sind, wenn der VE sich bei Abschluß des VzGD eine solche Befugnis vorbehalten hat. Die h.M. begnügt sich dabei nicht mit der Vorname der jeweiligen Verfügung, sondern verlangt zusätzlich als Konsequenz aus dem originären Erwerb einen Widerruf der Drittbegünstigung,² wobei nicht deutlich gemacht wird, ob der Widerruf vor der Verfügung erfolgen muß. Das Erfordernis des Widerrufs soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Ein Bankkunde (VE) hat eine Sparkassenforderung in Höhe von 10.000,-- DM. Er vereinbart mit der Bank (VS), daß die Forderung seinem Neffen mit dem 21. Lebensjahr zustehen soll, behält sich aber vor, anderweitig über die Forderung zu verfügen. Kurze Zeit später, aber noch vor dem 21. Geburtstag des Neffen, verpfändet er

1 vgl. ferner § 166 VVG.

2 Kuhnle 48; Mehn 52; Bürkner 21; Erman-H.P.Westermann § 330 RdNr. 7; RGRK-Ballhaus § 330 RdNr.5; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.8; Soergel-R.Schmidt § 330 RdNr.9; Palandt-Heinrichs § 330 Anm. 2 c; Gößmann ZVersW 1909, 331, 376.
AA: Gilbert DR 1941, 2356, 2365; Heck JW 1932, 2517, 2519; H. Müller 42; Heilmann KTS 1972, 14, 22; Hoffmann AcP 158, 178, 207 FN 146.

die Forderung einem Gläubiger, der eine Forderung in Höhe von 5.000,-- DM gegen ihn hat. Nach h.M.¹ hat eine bloße Verpfändung entgegen der Auffassung einer M.m.² noch keinerlei Wirkungen, da wegen des originären Erwerbes beim VzGD das Recht des Dritten nur unbelastet entstehen könne. Eine Belastung der durch einen VzGD entstandenen Forderung könne daher durch den VE nur erfolgen, wenn er Inhaber der Forderung wird. Daher sei eine Aufhebung der Drittbegünstigung notwendig, die durch die Ausübung eines Widerrufs erfolgen müsse. Im Beispielsfall müßte daher der VE noch die Begünstigung des Neffen widerrufen, um die Verpfändung wirksam zu machen. Die Ausübung des Widerrufs führt jedoch dazu, daß der Dritte endgültig nicht mehr begünstigt wird, was bei einer nur vorläufigen Belastung mit einem Pfandrecht oder bei einer Sicherungsabtretung nicht interessengerecht erscheint. Befriedigt im Beispielsfall der VE, nachdem er den Widerruf erklärt hat, den Gläubiger, müßte die Begünstigung des Neffen durch einen VzGD oder eine einseitige Benennung wiederholt werden;³ ansonsten erhielte der Neffe nichts, nicht einmal 5.000,-- DM, da die gesamte Drittbegünstigung aufgehoben wird. Als Ausweg wird daher zum Teil angenommen, daß der Widerruf nur teilweise zur Aufhebung führe, und zwar bei der Belastung

1 RGZ 127,269,271; OLG München WM 1964,778; Asmus ZVersW 1970,49,54; Kisch JW 193,3628; RGRK-Ballhaus § 331 RdNr.6; Soergel-R.Schmidt § 330 RdNr.9; Schindel 88; Lücke 49; Kühlmorgen 135; Schmitz 34; H.Thiele 63; Ehrenzweig 432; Prölss-Martin § 15 ALB Anm.2 B; Heilmann KTS 1972,14,21.

2 OLG Dresden SeuffA 65,317,318; Rückbeil 45.

3 Kuhnle 27.

mit einem Pfandrecht in Höhe der gesicherten Forderung,¹ so daß im Beispielsfall der Neffe zumindest 5.000,-- DM erhielt. Von einer anderen Ansicht wird das Erlöschen des Pfandrechts als auflösende Bedingung für den Forderungserwerb des Dritten angesehen. Der Widerruf wäre dann unwirksam und die Drittbegünstigung würde gewissermaßen wieder aufleben.²

Dieses Beispiel und die beiden Lösungsmöglichkeiten der Literatur zeigen deutlich, daß die Annahme der h.M., eine Belastung der Forderung des Dritten sei nicht möglich und daher zu einer Verfügung ein Widerruf erforderlich, nicht interessengemäß ist.³

I. Der Widerruf als Tatbestandsmerkmal einer Verfügung des VE nach Abschluß eines VzGD

Da nach den Ausführungen im ersten Teil der Arbeit die Forderung beim VzGD vom VE abgeleitet ist, gehen mit der Forderung nicht nur mögliche Einreden und Einwendungen auf den Dritten über, sondern in Analogie zu § 401 BGB auch dingliche Belastungen. Diese Möglichkeit, die Forderung des Dritten mit einem Pfandrecht zu belasten, muß nicht nur bei zeitlich vor dem VzGD liegenden Verfügungen gelten, sondern auch bei nach Vertragsschluß entstehenden Pfandrechten, soweit der VE noch Verfügungsbefugt ist. Daher ist der Ausgangspunkt der h.M., die Forderung des Dritten könne nur unbelastet entstehen, abzulehnen.

-
- 1 Berkowitz 56 f u.73; Hellwig 227; Gößmann ZVersW 1909,331,370; Ehrenberg JherJB 41,341,390.
 - 2 Borgmann 30; Lücke 42. Siehe ferner die Nachweise bei H. Thiele 51 FN 1.
 - 3 darauf weist auch Gilbert DR 1941,2356,2364 hin. Vgl. ferner RGZ 153, 220 ff.

Jedoch hat nach dem für Verfügungen geltenden Prioritätsprinzip die zeitlich frühere Verfügung Vorrang vor der späteren. Das erklärt sich dogmatisch daraus, daß der Verfügende sich durch das Rechtsgeschäft seiner Verfügungsmacht begeben hat.¹ Wenn daher wie im Beispielsfall der Abschluß des VzGD vor der Verpfändung liegt, könnte zur Wirksamkeit der späteren Verpfändung eine Aufhebung der Drittbegünstigung erforderlich sein.² Dann wäre der h.M. trotz ihres falschen Ausgangspunktes zu folgen.

Im Hauptanwendungsfall, in dem sich der VE eine anderweitige Verfügung vorbehält, dem VzGD auf den Todesfall, gilt jedoch nach den Ausführungen oben³ das Prioritätsprinzip nicht. Das Prioritätsprinzip gilt grundsätzlich nur für vollendete Verfügungen, da der Rechtsinhaber sich nur durch ein vollendetes Rechtsgeschäft seiner Verfügungsmacht begeben hat. Ansonsten ist zur Anwendbarkeit des Prioritätsprinzips eine gesetzliche Anordnung (z.B. §§ 161, 185 Abs. 2 BGB) notwendig, oder die Geltung muß sich aus einer richterlichen Rechtsfortbildung ergeben, wie sie bei den Verfügungen über künftige Rechte anerkannt ist.

Bei einer aufschiebend befristeten (Tod des VE) und aufschiebend bedingten (Vorversterben des VE) Verfügung

1 vgl. Flume § 11, 5c; Pagenkopf 169.

2 so Haymann JW 1933, 771, 772; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 28 aE. Kühlmorgen 126 FN 2. Diesen Gesichtspunkt beachtet Borgmann 22 nicht.

3 siehe dazu oben S. 134 ff.

wie dem VzGD auf den Todesfall¹ kann sich die Geltung des Prioritätsprinzips nur aus § 161 BGB ergeben. Danach sind Zwischenverfügungen bei einer Bedingung oder Befristung unwirksam, soweit dadurch der Erfolg der vorgenommenen Verfügung beeinträchtigt wird. Da durch § 161 BGB der Begünstigte der Verfügung geschützt werden soll, setzt § 161 BGB voraus, daß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes ein solcher Schutz gewollt ist.² Beim VzGD auf den Todesfall will der VE bis zu seinem Tod verfügungsbefugt bleiben, so daß ein Schutz des Dritten nicht bezweckt ist. Daher kann aus § 161 BGB keine Geltung des Prioritätsprinzips abgeleitet werden.

Auch im Beispielsfall gilt das Prioritätsprinzip nicht, da die Übertragung auf den Neffen aufschiebend befristet (21. Lebensjahr) und ein Schutz des Neffen nicht gewollt ist, wie sich aus dem Vorbehalt einer anderweitigen Verfügung ergibt. Man kann daher allgemein sagen, daß bei einer Bedingung und Befristung der Übertragung durch VzGD bei einem gleichzeitigen Vorbehalt der Verfügungsbefugnis das Prioritätsprinzip nicht anzuwenden ist.³ Es bleiben somit nur die Fälle, in denen eine unbedingte Übertragung der Forderung auf den Dritten vorliegt, der VE sich aber gleichzeitig vorbehalten hat, über die Forderung anderweitig zu verfügen. Ein solcher Fall soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

1 siehe dazu oben S. 134 ff.

2 MünchKomm-H.P. Westermann § 161 RDNr. 1.

3 Ähnlich Bürkner 13.

Der VE überträgt seine Forderung, die er gegen den VS hat, durch Vereinbarung mit ihm auf einen Dritten, behält sich aber vor, falls er in den nächsten 2 Jahren in eine Liquiditätskrise gerät, über die Forderung uneingeschränkt verfügen zu können.

Die Schwierigkeit, ein Beispiel zu bilden, zeigt schon, daß die Fälle einer unbedingten Verfügung durch VzGD bei gleichzeitiger Verfügungsbefugnis des VE sehr selten sind. Meistens wird man eine Bedingung oder Befristung annehmen können, da der Rechtserwerb wegen des Vorbehaltes noch nicht endgültig ist. Selbst wenn daher im Beispielsfall 2 die Übertragung von den Parteien als "unbedingt" bezeichnet würde, könnte man doch wegen des Vorbehaltes eine aufschiebende oder auflösende Bedingung (keine Liquiditätskrise während der nächsten 2 Jahre) annehmen und wegen des fehlenden Schutzes des Dritten die Geltung des Prioritätsprinzips ablehnen.

Man könnte jedoch auch eine Parallele zur stillen Sicherungsabtretung ziehen, bei der der Zedent ermächtigt wird, die Forderung einzuziehen:

Ein Lieferant (Zessionar) läßt sich zur Sicherheit für eine Warenlieferung die künftige Forderung aus dem Weiterverkauf abtreten, ermächtigt aber gleichzeitig den Abnehmer (Zedent) die Forderung einzuziehen.

Bei einem solchen Fall nimmt man allgemein keine Bedingung bezüglich der Abtretung (Eintritt des Sicherungsfalls) an, sondern sieht die Einziehungsbefugnis als Ermächtigung des Zedenten nach § 185 Abs. 1 BGB an. Man könnte

daher auch den Vorbehalt bei einem VzGD (vgl. Beispielsfall 2) als Ermächtigung zu einer Verfügung gem. § 185 Abs. 1 BGB auslegen. Berechtigter wäre dabei der VE, da er beim nachträglichen VzGD Gläubiger war, was beim gleichzeitigen und vorzeitigen VzGD gleichbedeutend damit ist, daß die Entstehungsvoraussetzungen des Rechts in seiner Person gegeben sein müssen, und weil die Übertragung der Forderung auf seinem und dem Willen des VS beruht.¹ Die Übertragung der Forderung auf den Dritten würde bei der Annahme einer Ermächtigung gewissermaßen um die vorbehaltene Verfügungsbefugnis gekürzt. Da bei einer Zession die Einwilligung des am Rechtsgeschäft beteiligten Erwerbers eingeholt werden kann und die Zession von vornherein um die Ermächtigung gekürzt wird, ist es konsequent, beim VzGD wegen der fehlenden Beteiligung des Dritten die Berechtigung aus der Vereinbarung zwischen dem VE und dem VS abzuleiten.

Ob man generell eine Ermächtigung des VE nach § 185 Abs. 1 BGB oder wegen der noch nicht endgültigen Zuordnung der Forderung an den Dritten die Nichtanwendbarkeit des Prioritätsprinzips annimmt, ist für das Ergebnis gleichgültig.² Beide Auffassungen führen dazu, daß eine Aufhebung der Drittbegünstigung nicht notwendig ist. Da bei einem Vorbehalt einer anderweitigen Ver-

1 siehe dazu noch unten S. 238 ff.

2 noch anders will eine Ansicht die Ausübung eines Widerrufs als auflösende Bedingung ansehen: Ehrenberg JherJb 41, 341, 384; Hohner 131; Bormann 30; Lücke 42. Siehe ferner die Nachweise bei H.Thiele 51 FN 1.

fügung die Übertragung auf den Dritten noch nicht endgültig ist, liegt auch noch keine Einschränkung der Verfügungsmacht des VE vor. Weil dieser Gesichtspunkt beim Abstellen auf die Nichtgeltung des Prioritätsprinzips hervorgehoben wird, erscheint diese Auffassung vorzugswürdig.

Jedenfalls ist auch im Hinblick auf das Prioritätsprinzip keine Aufhebung der Drittbegünstigung erforderlich. Demnach ist die Auffassung der h.M. nach einem Widerruf als zusätzliches Tatbestandsmerkmal abzulehnen.

II. Schlußfolgerungen aus der Entbehrlichkeit des Widerrufs

Bei der Darstellung der Schlußfolgerungen sollen zunächst einige allgemeine Konsequenzen dargestellt werden und dann wegen der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung die Pfändung und Verpfändung bei einem Lebensversicherungsvertrag.

1. Allgemeines

a. Wenn kein Widerruf erforderlich ist, genügt bei entsprechender Verfügungsbefugnis allein die Vornahme des Rechtsgeschäftes. Daher ist zu einer Abtretung nur die Einigung des VE mit dem Erwerber notwendig. Die Auffassung der h.M. von einem stillschweigenden Widerruf¹

1 Prölss-Martin § 15 ALB Anm. 2 Aa. Diese Auslegung war früher bezüglich Abtretung und Verpfändung wegen der Fragen, ob ein Widerruf zu einer Verfügung erforderlich ist und ob der Widerruf beim VS gegenüber empfangsberechtigt ist, sehr umstritten. Vgl. dazu Heck JW 1932, 2517 ff; Gerhard JW 1932, 2519 f; H. Müller 42; H. Thiele 62 MWN.

ist daher abzulehnen.

b. Auch eine Teilabtretung ist nach allgemeinen Regeln zulässig. Die Annahme eines teilweisen Widerrufs ist somit entbehrlich.

c. Bei nur vorläufiger Belastung und späterem Wegfall braucht die Drittbegünstigung nicht wiederholt zu werden, was nach der h.M. notwendig wäre.¹ Wird daher der Pfandgläubiger im Beispielsfall 1 befriedigt, entfällt das Pfandrecht und der Neffe wird mit dem 21. Lebensjahr Forderungsinhaber. Der Annahme einer auflösenden Bedingung bedarf es daher nicht.

d. Nach der h.M. entsteht ohne den Widerruf kein Pfandrecht. Daher müssen Gläubiger des VE nach h.M. zusätzlich zu einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß (§§ 829, 835 ZPO) den Widerruf ausüben.² Umstritten ist dabei zudem, ob zusätzlich zur Pfändung der Forderung das Widerrufsrecht gepfändet werden muß, um es ausüben zu können,³ oder ob das Widerrufsrecht als unselbstständiges Gestaltungsrecht in Analogie zu §§ 401, 412 BGB mit der Forderungspfändung auf den Gläubiger übergeht.⁴ Da nach der hier vertretenen Meinung ein Widerruf nicht erforderlich ist, genügt bei einer Verfügungsbefugnis des VE allein

1 Kuhnle 27.

2 RGRK-Ballhaus § 330 RdNr.5; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.12; Palandt-Heinrichs § 330 Anm.2 c; H.Thiele 63; Kuhnle 27; Schaefer 15; Niewiesch 39; Schmitz 33; Lücke 55; Rückbeil 48; Erman-H.P.Westermann § 330 RdNr.7; Gößmann ZVersW 1909,331,376; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.60.

3 Kuhnle 22; Berkowitz 72; Schaefer 15; Schmitz 33; RGZ 153, 220,224 f; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.62 u.63; Palandt-Heinrichs § 330 Anm.2 c; Gößmann ZVersW 1909,331,376.

4 Bürkner 33; H.Thiele 62 f; Niewiesch 38; wohl auch Lücke 54 f; Prölss-Martin § 15 Anm. 1

der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß.

e. Eine Arrestpfändung beim VE bezüglich einer durch VzGD zugewendeten Forderung ist auch bei einer Verfügungsbefugnis des VE nach allgemeiner Meinung nicht möglich.¹ Durch den Arrest soll dem Sicherungsbedürfnis von Gläubigern einer Geldforderung Rechnung getragen werden. Der Vollzug des Arrestes erfolgt durch eine Pfändung nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 93o Abs. 1 ZPO), wobei die Forderung dem Gläubiger nicht überwiesen wird, da nur eine Sicherung und keine Verwertung durch den Arrest bewirkt werden soll.² Nach der h.M. wäre zur Wirksamkeit eines Arrestpfandrechts ein Widerruf erforderlich. Das würde aber bedeuten, daß die Drittbegünstigung endgültig entfielen. Das wäre eine Wirkung, die über das Ziel des Arrestes, einer nur vorläufigen Sicherung, hinausginge.³ Daher hält die allgemeine Meinung eine Arrestpfändung für unzulässig.

Nach der hier vertretenen Meinung genügt jedoch zur Entstehung eines Pfandrechts der Pfändungsbeschluß, so daß auch keine Bedenken gegen die Zulassung einer Arrestpfändung bestehen.

f. Im Konkurs des VE ist nach h.M. bei einem VzGD ein Widerruf der Drittbegünstigung durch den Konkursverwalter

1 RGZ 153, 220, 224; Staudinger-Kaduk § 33o RdNr.38; Erman-H.P.Westermann § 33o RdNr.7; RGRK-Ballhaus § 33o RdNr.5; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.28.

2 Schöne-Baur § 47 I.

3 RGZ 153, 220, 224. Vgl. ferner Heilmann ZVersW 1938, 164 ff.

erforderlich, da das Recht des Dritten wegen des originären Erwerbes nur unbelastet und damit auch frei von der durch den Konkurs eintretenden Verfügungsbeschränkung entstehen könne. Nach h.M. erhält daher der Dritte die Forderung, wenn der Konkursverwalter nicht rechtzeitig widerruft.¹

Geht man jedoch von einem abgeleiteten Erwerb aus, erstreckt sich die konkursrechtliche Verfügungsbeschränkung automatisch auf die Forderung, wenn der VE sich bei Abschluß des VzGD die Verfügungsbefugnis vorbehalten hat.

2. Pfändung und Verpfändung beim Lebensversicherungsvertrag

Die h.M. geht bei einer Pfändung und Verpfändung von Ansprüchen aus einem Lebensversicherungsvertrag von der Voraussetzung aus, daß immer ein Widerruf zu einer Verfügung erforderlich ist.² Ein Widerruf ist aber generell beim VzGD zur Verfügung nicht notwendig und ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften (vgl. § 166 VVG³ und § 15 ALB⁴) oder Be-

1 vgl. dazu Heilmann KTS 1969, 79 ff mwN.

2 Bormann 7.

3 § 166 VVG lautet: (1) Bei einer Kapitalversicherung ist im Zweifel anzunehmen, daß dem Versicherungsnehmer die Befugnis vorbehalten ist, ohne Zustimmung des Versicherers einen Dritten als Bezugsberechtigten zu bezeichnen sowie an der Stelle des so bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen. Die Befugnis des Versicherungsnehmers, an die Stelle des bezugsberechtigten Dritten einen anderen zu setzen, gilt im Zweifel auch dann als vorbehalten, wenn die Bezeichnung des Dritten im Vertrag erfolgt ist.

4 § 15 ALB lautet: 1. Hat der Versicherungsnehmer eine dritte Person als bezugsberechtigt bezeichnet, so erwirbt diese ein Recht auf die Leistung, falls nichts anderes vereinbart ist, erst mit dem Ableben des Versicherten. Bis dahin kann der Versicherungsnehmer über die Versicherung frei verfügen; er darf die Bezeichnung widerrufen oder ändern. Er kann auch bestimmen, daß der Bezugsberechtigte das Recht auf die Versicherungssumme sofort erwerben soll; in diesem Falle ist ein Widerruf oder eine Änderung nur mit Zustimmung des Bezugsberechtigten möglich.

sonderheiten des Lebensversicherungsvertragsrechtes. Der Widerruf kann daher auch kein Gestaltungsrecht sein, wovon die ganz h.M. ausgeht;¹ die Widerrufsmöglichkeit ist vielmehr nur ein Ausdruck der weiterhin gegebenen uneingeschränkten Verfügungsbefugnis des VE.² Zu untersuchen ist somit, welche Auswirkungen diese Erkenntnis auf die Behandlung des Lebensversicherungsvertrages hinsichtlich der Pfändung und Verpfändung hat.

a. Pfändung und Verpfändung nach widerruflicher
Bezugsbezeichnung

Da der VE bei einer widerruflichen Bezugsbezeichnung weiterhin uneingeschränkt Verfügungsbefugt ist, ist entgegen der h.M. ein Widerruf zur Verpfändung und Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme nicht erforderlich. Zur Pfändung des Anspruchs ist daher weder eine Ausübung des Widerrufs noch dessen Pfändung notwendig.

Die Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme hat allerdings den Nachteil, daß der Pfändungsgläubiger

1 RGZ 142, 410, 412; RG JW 1934, 1409, 1411; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 28; Bormann 12; Hagen JW 1934, 1409, 1410; Gilbert DR 1941, 2356, 2357; Niewiesch 38; Schmitz 24; H. Thiele 61; Ehrenzweig 408. Zu der früher streitigen Frage der Höchstpersönlichkeit siehe die Nachweise bei Bormann 11; Kuhnle 20 f; Berkowitz 70 ff u. H. Thiele 61.

2 ähnlich Heck JW 1932, 2517; Gilbert DR 1941, 2356, 2365; H. Müller 31; Lederle zitiert bei H. Müller 31; Heilmann KTS 1972, 14, 21. AA insoweit: Kuhnle 25; Bormann 22 f.

abwarten muß bis der Versicherungsfall eingetreten ist.¹ Die Gläubiger haben daher vor allem ein Interesse an dem Anspruch auf den Rückkaufswert. Die Entstehung dieses Anspruchs hat die Ausübung des Kündigungsrechtes nach § 165 VVG² zur Voraussetzung. Zur Pfändung des Anspruchs muß daher die Kündigung durch den Pfandgläubiger erklärt werden. Fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsrecht besonders gepfändet werden muß, eventuell zusammen mit dem daraus resultierenden Anspruch auf den Rückkaufswert,³ oder ob die Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme das Kündigungsrecht und den Anspruch auf den Rückkaufswert umfaßt.⁴

Es entsteht zwar durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes ein neuer selbständiger Anspruch, aber das Kündigungsrecht und der Anspruch auf den Rückkaufswert haben ihren Ursprung im Lebensversicherungsvertrag und sind von dessen Wirksamkeit abhängig.

1 Bormann 33; Berkowitz 32; Niewiesch 23.

2 § 165 VVG lautet: (1) Sind laufende Prämien zu entrichten, so kann der Versicherungsnehmer das Versicherungsverhältnis jederzeit für den Schluß der laufenden Versicherungsperiode kündigen. (2) Ist eine Kapitalversicherung für den Todesfall in der Art genommen, daß der Eintritt der Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung des vereinbarten Kapitals gewiß ist, so steht das Kündigungsrecht dem Versicherungsnehmer auch dann zu, wenn die Prämie in einer einmaligen Zahlung besteht.

3 Krüger LZ 1912, Sp.216, Sp.219; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.60. Offengelassen vom BGH NJW 1966,1071,1073.

4 Ehrenzweig 432; Gottschalk HansRGZ 1929, A Sp.665, Sp.670; Sachsse Recht 1911, Sp.410, Sp.411; Niewiesch 37.

Der Anspruch auf den Rückkaufswert stellt daher nur eine andere Erscheinungsform des Anspruchs auf die Versicherungssumme dar.¹ Die Ausübung des Kündigungsrechtes entscheidet lediglich darüber, ob der Anspruch auf die Versicherungssumme in einen Anspruch auf den Rückkaufswert umgewandelt wird. Der Anspruch auf den Rückkaufswert ist somit nur eine Modalität des Anspruchs auf die Versicherungssumme² und das Kündigungsrecht ein selbständiges Nebenrecht des Anspruchs auf die Versicherungssumme.³ Da eine Beschlagnahme sich ohne weiteres auch auf die Nebenrechte erstreckt, die im Falle einer Abtretung nach § 401 BGB auf den neuen Gläubiger übergehen,⁴ und selbständige Nebenrechte zu diesen Nebenrechten gehören⁵, genügt die Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme. Bei der Pfändung eines Anspruchs auf die Versicherungssumme hat somit der Pfändungsgläubiger das Wahlrecht, ob er den Versicherungsfall abwarten oder den Anspruch auf den Rückkaufswert geltend machen will.

1 BGH NJW 1966, 1071, 1072; W.Haas 37; Knoch 42; Kisch JW 1930, 3629; Wienandts 11; Niewiesch 24; Gottschalk Hans RGZ 1929 A Sp. 665, Sp. 668.

2 H. Thiele 21.

3 H. Thiele 62; Niewiesch 36 u. 39; Prölss-Martin § 165 Anm. 5.

4 Stöber RdNr. 699.

5 MünchKomm-Roth § 399 RdNr. 20.

b. Pfändung und Verpfändung des Anspruchs auf
die Versicherungssumme nach unwiderruflicher
Bezugsbezeichnung

Die ganz h.M.¹ verneint die Möglichkeit, die Forderung auf die Versicherungssumme nach unwiderruflicher Bezugsbezeichnung zu verpfänden oder zu pfänden. Es überrascht vielleicht, wenn dieses Ergebnis in Frage gestellt wird, vor allem auch wohl deshalb, weil "unwiderruflich" auf den ersten Blick gleichzusetzen ist mit "unentziehbar". "Unwiderruflich" scheint zu bedeuten, daß der VE sich mit der unwiderruflichen Bezugsbezeichnung seiner Verfügungsmacht begeben hat. Dem VE stehen aber nach h.M. weiterhin die Gestaltungsrechte zu,² und der Rechtserwerb ist für den Dritten davon abhängig, daß der VE die Prämien zahlt. Außerdem hängt nach h.M. die Endgültigkeit des Rechtserwerbs vom Zustandekommen eines Schenkungsvertrages zwischen VE und Drittem ab,³ so daß in aller Regel bis zum Tode des VE und eine gewisse Zeit darüber hinaus kein wirksames Kausalverhältnis vorhanden ist. Der VE könnte es somit unterlassen, eine solche Vereinbarung zu schließen und den Bereicherungsanspruch abtreten. Der Dritte erhielte zwar den Anspruch, müßte ihn aber sofort wieder zurückübertragen.

-
- 1 Mehn 49; Berkowitz 65; Palandt-Heinrichs § 330 Anm.2 c; Haegele Rpfl 1969, 156, 157; Niewiesch 33, Schmitz 44.
2 Mehn 49; Berkowitz 62; Zehner AcP 153, 424, 434; Bürkner LZ 1910, Sp.841,842; Ehrenzweig 410; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.19; Prölss-Martin § 15 ALB Anm.5.
3 Schmitz 45; Kirchmann ZVersW 1913, 446,458; Heilmann VersR 1980, 516; Palandt-Heinrichs § 330 Anm. 2 c.

Der VE könnte auf diese Weise trotz der Unwiderruflichkeit die Versicherungsforderung für sich verwerten. Der Dritte hat daher zu Lebzeiten des VE noch keine endgültig gesicherte Position.¹ Verpfändung und Pfändung sind daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

aa. Begründung aus dem Zusammenfallen von "sofortigem" und "unwiderruflichen" Erwerb

Neuerdings hat der BGH,² dem sich die h.M. angeschlossen hat,³ die Unpfändbarkeit im wesentlichen mit dem Zusammenfallen von "sofortigem" Erwerb mit der "unwiderruflichen" Bezugsbezeichnung begründet. Der "sofortige" Erwerb stelle eine Ausnahme zu §§ 166 Abs. 2 VVG und 331 BGB, Erwerb erst mit dem Tode, dar. Durch den "sofortigen" Erwerb werde darüber entschieden, ob der Erwerb bereits zu Lebzeiten des VE eintrete und schon jetzt zum Vermögen des Dritten gehöre, oder ob der Erwerb wie sonst erst mit dem Versicherungsfall erfolge. Bei einem "sofortigen Erwerb" gehöre die Forderung nicht mehr zum Vermögen des VE und sei daher auch dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen. Der "sofortige" Erwerb sei zwar von der Unwiderruflichkeit zu trennen, beides falle aber

1 so auch Zehner AcP 153, 424, 437; Kipp-Coing § 81 V 2 c FN 52; H.Thiele 22; Bürkner LZ 1910, Sp. 841, Sp. 842.

2 BGH NJW 1966, 1071 ff.

3 vgl. statt aller MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr. 14.

nach einer langjährigen Versicherungspraxis und nach den Versicherungsbedingungen (§ 15 Nr. 1 S. 3 ALB) zusammen. Eine bloße Unwiderruflichkeit ohne den "sofortigen" Erwerb sei sinnlos und der "sofortige" Erwerb bilde daher den eigentlichen Inhalt der Unwiderruflichkeit.¹

Der BGH geht bei seiner Begründung davon aus, daß der Rechtserwerb nicht erst mit dem Tode, sondern bereits früher, "sofort" mit dem Vertragsschluß wirksam wird.² Die Versicherungsgesellschaft will jedoch weiterhin erst zum Todeszeitpunkt bzw. mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters des VE verpflichtet sein. Die Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft bleibt daher aufschiebend befristet und ein "sofort" wirksamer Erwerb kann daher nicht vorliegen. Bezeichnender Weise nimmt daher Heilmann an, daß der Dritte durch unwiderrufliche Bezugsbezeichnung zwar sofort einen Anspruch erhalte, aber einen auflösend oder aufschiebend bedingten.³ Der Sinn des "sofortigen" Erwerbs liegt daher, wenn man der Auffassung des BGH folgt, nur in der Vereinbarung der Unpfändbarkeit. Eine solche

1 BGH NJW 1966, 1071, 1072 im Ausschluß an Kühlmorgen 53 ff; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.17. Ebenso Kohlbach 88.

2 so ausdrücklich Prölss-Martin § 15 ALB Anm.5: "Der Begünstigte erwirbt ein sofort wirksames Recht wie bei der widerruflichen Begünstigung nach Eintritt des Versicherungsfalls."

3 Heilmann ZVersW 1936, 71, 75.

Vereinbarung ist aber nach § 851 Abs. 2 ZPO unzulässig. Nach dem BGH müßte es sogar möglich sein, einen "sofortigen" Erwerb mit einer wider-
rufflichen Bezugsbezeichnung zu verbinden.¹ Dann wäre nach der h.M. trotz uneingeschränkter Ver-
fügungsbefugnis des VE eine Pfändung nicht mög-
lich, weil der Rechtserwerb ein "sofortiger" ist.

Mit dem "sofortigen" Erwerb als Ausnahme zu den §§ 166 Abs. 2 VVG und 331 BGB ist in Wahrheit die Vererblichkeit des Rechtserwerbs gemeint. Nach § 331 BGB soll der Rechtserwerb erst mit dem Tode wirksam werden. Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß der Erwerb im Zweifel nicht vererblich und bis zum Tode widerrufflich sein soll. Der VzGD i.S. v. § 331 BGB stellt daher eine Verfügung dar, die aufschiebend befristet durch den Tod des VE, aufschiebend bedingt durch das Vorversterben des VE und frei widerrufflich ist. Ist die dem VzGD zu-
grundeliegende Forderung bereits aufschiebend befri-
set durch den Tod des VE, wie beim Lebensversiche-
rungsvertrag, so ist der VzGD allerdings nicht auch
noch aufschiebend befristet. Da durch die Bestimmung
des "sofortigen" Erwerbs an der aufschiebenden Be-
fristung nichts geändert wird, kann die Bedeutung
der Klausel nur in dem Wegfall der aufschiebenden

1 diese Möglichkeit wird von einem Teil der Literatur
anerkannt. Siehe H. Thiele 56 f mwN.

Bedingung des Vorversterbens des VE liegen. Der "sofortige" Erwerb bedeutet also Vererblichkeit des Erwerbes, und darin liegt die Ausnahme zu §§ 166 Abs. 2 u. 331 BGB.

Aus dem Zusammenfallen von sofortigem Erwerb und unwiderruflicher Bezugsbezeichnung kann somit bezüglich der Belastung mit einem Pfandrecht nichts hergeleitet werden.

bb. Fehlende Verfügungsbefugnis des VE infolge der unwiderruflichen Bezugsbezeichnung

Entscheidend kommt es somit wie auch sonst darauf an, ob der VE trotz der Unwiderruflichkeit noch Verfügungsbefugt ist, oder ob er die Verfügungsmacht durch die unwiderrufliche Bezugsbezeichnung verloren hat. Dieses ist im Wege der Vertragsauslegung festzustellen.

Mit der Unwiderruflichkeit bringt der VE zum Ausdruck, daß er die Begünstigung keinem anderen unentgeltlich zukommen lassen will. Daraus läßt sich aber nicht eindeutig entnehmen, daß er den Wert der Versicherung auch später nicht, etwa bei Liquiditätsschwierigkeiten, für sich gebrauchen will. Bei dieser Frage muß es entscheidend auf den Zweck der Zuwendung ankommen. Wird die Begünstigung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ausgesprochen, so dürfte eine Verwertung zu eigenen Gunsten in aller Regel ausgeschlossen sein.

Ist aber noch kein Rechtsgrund vorhanden¹ und soll die Zuwendung unentgeltlich erfolgen, so muß es dem VE weiterhin möglich sein, die Versicherung für sich zu verwerten. Der VE will mit der Unwiderruflichkeit lediglich zum Ausdruck bringen, daß, wenn überhaupt jemand die Forderung unentgeltlich erwirbt, dieses der bezeichnete Dritte ist. Eine darüber hinausgehende Einschränkung ist nicht gewollt. Das zeigt insbesondere ein Vergleich der Interessen der Beteiligten. Während der VE die Prämien gezahlt und den Wert der Versicherung geschaffen hat, erwirbt der Dritte etwas, ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Der VE ist daher trotz der Unwiderruflichkeit schutzwürdig. Deshalb ist auch zu seinen Gunsten das Kündigungsrecht nach § 165 VVG normiert worden, das unabhängig von der Widerruflichkeit ist. Eine Verwertung zu eigenen Gunsten ist dem VE somit trotz der unwiderruflichen Bezugsbezeichnung möglich. Eine Verpfändung zu eigenen Gunsten ist daher zulässig, wenn zur Zeit der Verpfändung noch kein Rechtsgrund vorhanden ist und die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll.

Soweit der VE Verfügungsbefugt ist, ist auch ein Zugriff der Gläubiger auf diese Rechtsposition möglich.²

1 die Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes beim VzGD schadet insoweit nicht, da die Schenkung noch nicht vollzogen ist und daher der Form der §§ 518 Abs. 1 u. 2301 Abs. 1 BGB bedarf.

2 Schmitz 32; H.Thiele 60; Niewiesch 37.

Daher ist im gleichen Umfang eine Pfändung möglich. Da die Gläubiger nicht den Versicherungsfall abzuwarten brauchen, sondern bereits vorher ihre Rechte durch eine Pfändung sichern können, wird durch diese Auslegung eine Übereinstimmung mit der Schenkungsanfechtung erreicht. Mit dem Versicherungsfall muß auch der Dritte nach der hier vertretenen Auffassung die Forderung ohnehin herausgeben.

Vielleicht ist die Übereinstimmung mit der Schenkungsanfechtung auch der Grund für die h.M., bei einer unwiderruflichen Begünstigungsbezeichnung einer Pfändung nicht zuzulassen. Nach der h.M. sind die Prämien des letzten bzw. der beiden letzten Jahre der Gegenstand der Schenkung, und es wäre daher inkonsequent, wenn die Gläubiger sich durch eine Pfändung vor dem Versicherungsfall die gesamte Summe sichern könnten. Ein weiterer Grund dürfte sein, daß in der Praxis die Pfändung im Vordergrund steht und eine Einschränkung der Rechte des VE nicht bedacht wird.

Eine Verpfändung zu eigenen Zwecken und eine Pfändung ist demnach bei einer unwiderruflichen Bezugsbezeichnung, die unentgeltlich erfolgt, möglich.

c. Pfändung und Verpfändung des Anspruchs auf den Rückkaufswert nach unwiderruflicher Bezugsbezeichnung

Da der Anspruch auf den Rückkaufswert nur eine Modalität des Anspruchs auf die Versicherungssumme ist und der VE die Verfügungsbefugnis über den Anspruch auf

die Versicherungssumme bei unentgeltlicher causa der unwiderruflichen Bezugsbezeichnung und zum Zwecke der eigenen Verwertung besitzt, müßte dem VE insoweit auch das Kündigungsrecht und der daraus entstehende Anspruch zustehen. Es wäre widersprüchlich, dem VE die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Anspruchs auf die Versicherungssumme abzuerkennen, ihm aber die Verhinderung der Zuwendung durch die Ausübung des Kündigungsrechtes zu ermöglichen. Das dürfte auch der Grund dafür sein, weshalb ein unselbständiges Gestaltungsrecht nach § 401 BGB auf den Erwerber der Forderung mitübergeht.

Die h.M. billigt dem VE zwar das Kündigungsrecht zu, aber nicht den durch die Kündigung entstehenden Anspruch.¹ Das ist insoweit konsequent als dem VE nach h.M. auch nicht die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Anspruchs auf die Versicherungssumme zusteht. Jedoch wird durch die Annahme einer solchen Trennung, wie sie die h.M. vornimmt, das Kündigungsrecht des § 165 VVG völlig entwertet. Das gibt auch die h.M. zu, wenn sie dem Recht bei dieser Auslegung keinerlei wirtschaftliche Bedeutung mehr beimißt und es daher auch

1 BGH NJW 1966, 1071, 1073; RGRK-Ballhaus § 330, RdNr.6; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.14; Schindel 79; Knoch 69; Wussow NJW 1964, 1259, 1260; Rückbeil 23; Kirchmann ZVersW 1913, 449, 457; Lücke 56; Gößmann ZVersW 1909, 331, 370; Ehrenzweig 410; Bruck-Dörstling § 15 RdNr.19; Prölss-Martin § 15 Anm.5; Kühimorgen 69; H.Thiele 5 mwN.

nicht gepfändet werden könne.¹

Durch diese Bestimmung des § 165 VVG soll dem VE ermöglicht werden, das durch die Prämienzahlung angesammelte Vermögen für sich zu verwerten.² Darin kommt die sog. Sparfunktion des Lebensversicherungsvertrages³ zum Ausdruck. Man könnte zwar daran denken, daß der Normzweck des § 165 VVG lediglich in dem Erlöschen der Beitragspflicht besteht. Daß dieses nicht richtig ist, zeigt jedoch § 174 VVG. Durch die Umwandlung nach § 174 VVG wird das Schuldverhältnis in zweifacher Weise verändert: Die Beitragspflicht des VE erlischt und die auszufehlende Summe verringert sich. Das Umwandlungsrecht schützt also den VE umfassend vor weiteren Zahlungen. Das Kündigungsrecht nach § 165 VVG soll dem VE darüberhinaus die Verwertung der eingezahlten Prämien ermöglichen und hat daher eine wirtschaftliche Bedeutung für den VE und damit auch für dessen Gläubiger. Eine Trennung des Kündigungsrechtes vom Anspruch auf den Rückkaufswert ist daher nicht mit dem Normzweck des § 165 VVG vereinbar und nur beim Vorliegen einer Regelungslücke möglich. Konsequenz wäre es daher von der h.M. nur gewesen, dem

1 BGH NJW 1966, 1071, 1073; MünchKomm-Gottwald § 330 RdNr.14. AA: Kuhnle 45.

2 Niewiesch 33. AA: Krüger LZ 1912, Sp. 216, Sp. 220.

3 vgl. Kuhnle 9; Bürkner 1; Borgmann 1. Nach h.M. ist der Lebensversicherungsvertrag ein gemischtes Geschäft, das sich aus einem Sparkassenvertrag und einem Versicherungsvertrag zusammensetzt; vgl. dazu Ledermann 8 ff.

VE auch das Kündigungsrecht nicht zuzubilligen. Der Grund für die Zubilligung durch die h.M. dürfte die Unabänderlichkeit des § 165 VVG nach § 178 Abs. 1 VVG gewesen sein. Dann kann man die Unabänderlichkeit aber nicht dadurch umgehen, daß man das Kündigungsrecht vom Anspruch auf den Rückkaufswert trennt. In der Sache wird auf diese Weise der § 165 VVG abbedungen, da das Kündigungsrecht ohne den daraus entstehenden Anspruch dem VE nichts nützt. Die h.M. ist demnach abzulehnen, zum einen, weil der VE mit den genannten Einschränkungen weiterhin Verfügungsbefugt ist, und zusätzlich deshalb, weil der Normzweck der §§ 165 und 178 Abs. 1 VVG verletzt wird.

Die Unabänderlichkeit nach § 178 Abs. 1 VVG könnte jedoch der Möglichkeit entgegenstehen, die Inhaberschaft des Kündigungsrechtes und des Anspruchs auf den Rückkaufswert danach zu entscheiden, ob der VE die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Anspruchs auf die Versicherungssumme besitzt. Wenn der Dritte für die Begünstigungsbezeichnung eine Gegenleistung erbracht hat oder das Kündigungsrecht ausgeübt wird, um den Wert der Versicherung einem anderen unentgeltlich zuzuwenden, ist es nicht interessengerecht, dem VE das Kündigungsrecht zuzubilligen. Insoweit müßte also die Regelung des § 165 VVG eingeschränkt werden. Der Normzweck der §§ 178 Abs. 1 und 165 VVG besteht aber darin, dem VE die Möglichkeit der Verwertung der Versicherung zu eigenen Gunsten nicht zu nehmen. Soweit daher die Einschränkung darin besteht, daß eine unentgeltliche Zuwendung an einen anderen verhindert wird, wird der Normzweck nicht beeinträchtigt. Es kann also nur darum

gehen, ob dem VE das Kündigungsrecht verbleiben soll, wenn die Lebensversicherungssumme der Erfüllung einer entgeltlichen Verbindlichkeit dient. Den VE so umfassend zu schützen, kann aber nicht Sinn des § 165 VVG sein, da der VE bei Liquiditätsschwierigkeiten die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung vornehmen und sich von der Beitragspflicht befreien kann. Hinsichtlich des Wertes der Versicherung ist der Dritte wegen der Gegenleistung aber weit schützwürdiger als der VE, da der Dritte durch das Fehlen der Verfügungsbefugnis beim VE bereits eine gesicherte Position erlangt und dafür auch ein Entgelt erbracht hat. Der Normzweck der §§ 165 und 178 Abs. 1 VVG wird somit bei dieser Auslegung im Gegensatz zur h.M. nicht beeinträchtigt, die diese Vorschriften der Sache nach umgeht. Aus der Unabänderlichkeit ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Möglichkeit der Pfändung des Rückkaufswertes.

Durch das Abstellen auf die Verfügungsbefugnis des VE hinsichtlich des Anspruchs auf die Versicherungssumme wird eine Übereinstimmung zwischen beiden Ansprüchen erreicht, die deshalb notwendig ist, weil der Anspruch auf den Rückkaufswert nur eine andere Er-

scheinungsform des Anspruchs auf die Versicherungssumme ist. Eine Verpfändung und eine Pfändung des Anspruchs auf den Rückkaufswert zu eigenen Zwecken ist demnach auch noch nach einer unwiderruflichen unentgeltlichen Bezugsbezeichnung möglich. Bezüglich der Pfändung genügt die Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme.

Die Annahme des originären Erwerbes und das Erfordernis des Widerrufs hat also bei der Pfändung und Verpfändung von Ansprüchen aus einem Lebensversicherungsvertrag im wesentlichen zu falschen Ergebnissen geführt. Bei einer widerruflichen Bezugsbezeichnung ist zur dinglichen Belastung mit einem Pfandrecht kein Widerruf erforderlich und in den Hauptanwendungsfällen der unwiderruflichen Bezugsbezeichnung, also bei Unentgeltlichkeit, ist weiterhin eine Verpfändung zu eigenen Gunsten und eine Pfändung möglich.

D. Zulässigkeit von Verfügungen zgd

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch die bestehende Rechte¹ mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden.² Im BGB gibt es nur eine bestimmte Anzahl von Verfügungen (Grundsatz des numerus clausus der Verfügungen), deren Inhalt zudem, insbesondere im Sachenrecht, in den Umständen zwingend durch das Gesetz festgelegt ist (Typenzwang).³ Zu den Verfügungen gehören im Schuldrecht die Abtretung (§ 398 BGB), der Erlaß (§ 397 BGB), der Vergleich (§ 779 BGB) und der Schuldabänderungsvertrag (§ 305 BGB), im Sachenrecht insbesondere die Übertragung und Verpfändung beweglicher Sachen (§§ 929 ff, 1204 ff BGB), die Übertragung und Belastung eines Grundstücks oder Grundstücksrechtes (§ 873 BGB). Untersucht man diese Verfügungstatbestände hinsichtlich der Frage, welche Personen am Rechtsgeschäft beteiligt sein müssen, so ergibt sich, daß grundsätzlich eine Einigung des Rechtsinhabers mit dem Erwerber des Rechts notwendig ist. Bei der Aufgabe eines Rechtes genügt ausnahmsweise bei den §§ 928, 959 und 1196 BGB ein einseitiges Rechtsgeschäft des Verfügenden.

Eine Zustimmung des Begünstigten zu einem Verfügungs-
geschäft zu verlangen, kann jedoch wie bei der

1 bezüglich des Objektes der Verfügung genügt es nach den Ausführungen oben S. 100 ff, daß die Entstehungsvoraussetzungen des Rechtes beim "Rechtsvorgänger" gegeben sind, wenn die Rechtsfolge des Verfügungstatbestandes darauf gerichtet ist, den Eintritt des Rechtes beim "Rechtsvorgänger" zu verhindern.

2 MünchKomm-Thiele § 185 RdNr. 5.

3 Baur § 1 II 2.

Übertragung einer Forderung nicht interessengemäß sein. Es kann sein, daß eine Mitwirkung des Begünstigten nicht möglich ist, etwa wegen eines längeren Auslandsaufenthaltes, einer längeren Krankheit oder weil der Begünstigte noch nicht gezeugt oder geboren ist (vgl. § 331 BGB); häufig hat der VE ein Geheimhaltungsinteresse und will bis zum Tode Verfügungsbefugt bleiben (vgl. § 331 BGB). Ferner kann Bequemlichkeit der Grund sein, nicht noch förmlich eine Zustimmung einzuholen, wenn ohnehin klar ist, daß der Dritte mit dem rechtlichen Vorteil (vgl. § 107 BGB) einverstanden ist. Schließlich kann die Zustimmung wegen der Vielzahl der Begünstigten nicht praktikabel sein, z.B. bei einem Tarifvertrag. In derartigen Fallkonstellationen ist es interessengemäß, die Zustimmung des Begünstigten zu der Willenserklärung des Rechtsinhabers durch eine Einigung des Rechtsinhabers mit einer anderen Person zugunsten des Erwerbers zu ersetzen. Derartige Verfügungen zGD lehnt die h.M. jedoch ab. Wenn, wie beim gleichzeitigen VzGD, der Anspruch zum selben Zeitpunkt begründet und übertragen wird und zudem nur in der Person des Dritten entsteht, ist es naheliegend, mit der h.M. ein Verpflichtungsgeschäft anzunehmen, durch das eine Forderung begründet wird. Da die Vorschriften eines rechtsbegründenden Geschäftes nicht ohne weiteres auf ein rechtsgestaltendes anzuwenden sind, ist es konsequent, wenn die h.M. zur Ablehnung von Verfügungen zGD kommt. Nimmt man aber einen abgeleiteten Erwerb an, so liegt es umgekehrt nahe, die Zulässigkeit von Verfügungen zGD zu bejahen.

I. Darstellung des Meinungsstandes

Die Zulässigkeit der verfassungsrechtlichen Verträge zGD, vor allem der sachenrechtlichen, ist seit dem Inkrafttreten des BGB häufig erörtert worden, neuerdings wieder bei der Frage, ob man bei einer Personalgesellschaft bestimmen kann, daß ein Dritter beim Tod eines Gesellschafters dessen Rechtsposition Kraft des Vertrages erhalten kann¹. Vom Ergebnis her lassen sich die Meinungen in 3 Gruppen zusammenfassen:

1. vgl. dazu Säcker 43 ff

1. Die h.M.¹ lehnt die Zulässigkeit ausnahmslos ab. Sie begründet das mit dem Charakter des VzGD als eines Verpflichtungsgeschäfts,² der Stellung des VzGD im Allgemeinen Teil des Schuldrechts,³ dem numerus clausus der Verfügungen⁴ und damit, daß die Verfügungstatbestände eine Einigung des Rechtsinhabers mit dem Erwerber verlangten.⁵ Ferner dürfe der Erwerb eines Rechtes nicht aufgedrängt werden.⁶ Außerdem bestünde kein Bedürfnis für eine Zulässigkeit von Verfügungen zGD, weil das gleiche Ziel auch dadurch erreicht werden könne, daß der Vertragspartner des Rechtsinhabers als vollmachtloser Stellvertreter des Dritten handle und der Dritte das Rechtsgeschäft zwischen dem Rechtsinhaber und dem "Vertreter" mit Wirkung ex-tunc genehmige.⁷

-
- 1 RGZ 66,97,99 f; RGZ 98, 279,282; RGZ 106,1,3; RGZ 124, 217,221; RGZ 127,126,128; RGZ 148,257,263; RG JW 1930, 3545; BGH JZ 1965,361; BGH KTS 1967, 158,159; BGH NJW 1964, 1124,1125; BGH NJW 1977, 1339,1341; Palandt-Heinrichs vor § 328 Anm. 5 b; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Hellwig 53 ff; Aberer 15; FN32; Ewers 50; Struck 51; Ruppert 12; Dette 41; Dorow 50; Gast 29; Hölscher 33; Kohlbach 34; Bartholomeyczik, Erbeinsetzung 179; Hartmann 58; Selter 56; Appel 110 f; Piper 26; Ewald JherJb 76, 233,242 f. Weitere Nachweise bei Appel 27 FN 73.
- 2 Ruppert 12. Ebenso Kümmel 36.
- 3 RGZ 66,97,99 f; RGZ 124, 217,221; RGZ 148,257,262 f; Ewers 50; Struck 46; Geister 11; Dorow 50; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Kohlbach 34; Hartmann 58; Grünmann 13; Griesche 31
- 4 RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Piper 25.
- 5 RGZ 124,217,221; RGRK-Ballhaus § 328 RdNr.6; Dette 41; Hölscher 33; Piper 25; Aberer 15 FN 32; Struck 47.
- 6 so Strohal zitiert bei Bruns 123. Vgl. dazu Kluckhohn 176; Rosenberg DJZ 1912, Sp.541,Sp.543; Freitag 26; Bruns 123.
- 7 RGZ 98, 279,282; Ewald JherJb 76, 233,243; Geginat 35; anders 39; Hellwig 53 ff. Fricke 30; Selter 48 u.55; Appel 110 f; Grünmann 13. Vgl. ferner Siber FS für Sohm 29 ff.

2. Gegenüber dieser h.M. wird von einer im Vordringen befindlichen Meinung¹ die Zulässigkeit bejaht. Bei der Begründung wird jedoch immer davon ausgegangen, daß der VzGD ein Verpflichtungsgeschäft ist. Die Zulässigkeit wird dann aus einer Rechtsanalogie zu §§ 267, 414 und 423 BGB² oder einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB abgeleitet. Die Einordnung des VzGD als Verpflichtungsgeschäft wird dabei hinsichtlich des Rechtsgedankens, daß eine Mitwirkung des Begünstigten nicht erforderlich ist, für unwesentlich gehalten.

In neuerer Zeit wird dabei allerdings gefordert, daß für das Vollzugselement der sachenrechtlichen Verfügungen die allgemeinen Regeln gelten und daher insbesondere die Besitzübertragung in der Person des Dritten erfüllt sein müsse,³ während eine Mindermeinung in den Fällen des Übergabeersatzes (§§ 929 S.2, 930, 931 BGB) die Besitzverschaffung durch den Abschluß eines VzGD ausreichen läßt⁴. Ferner wird eine Grundstücksübertragung

1 Rosenberg DJZ 1912, Sp.541; Westermann, SaR § 3 II 4; Larenz SchR AT § 17 IV; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 1, Brox RdNr.740; Schaefer 17; Maß 17 f; Geinat 39; wohl auch Köster 37; Grunsky 630; Heck § 50, 2; Heck SaR § 10,7; Baur § 5II; Säcker 49; Schwela 66; Freitag 44; Heemann 41, 48 u. 52; Fleminger 34; Blomeyer, FS für Rabel 313, 325 ff; Bruns 129; Kluckhohn 174, 187 u. 189; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.74; MünchKomm-Wacke § 873. Weitere Nachweise bei Appel 33 FN 100.

2 siehe dazu unten S. 216 ff.

3 Westermann, SaR § 3 II 4; Larenz, SchR AT § 17 IV; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 1; Brox RdNr.740; Soergel-R.Schmidt vor § 328 RdNr.3; Erman-H.P.Westermann § 328 RdNr.3; Baur § 5 II; Säcker 49; Schwela 66; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.74a, MünchKomm-Wacke § 873 RdNr.28.

4 Schwela 57; Aberer 14 f.

wegen der Bedingungsfeindlichkeit des Rechtsgeschäftes (§ 925 Abs. 1 BGB) für unzulässig erachtet.¹

3. Eine vermittelnde Meinung² sieht Verfügungen zGD als zulässig an, soweit sie einen Leistungsanspruch beinhalten, wie Hypotheken, Grundschulden, Reallasten und dingliches Wohnrecht.

II. Zulässigkeit der Verfügungen zGD im Wege einer Rechtsanalogie zu den §§ 267, 414 und 423 BGB

Denkbar ist es, die Zulässigkeit von Verfügungen zGD aus einer Rechtsanalogie zu den §§ 267, 414 u. 423 BGB zu entnehmen. Der Unterschied zwischen einer Gesetzesanalogie und einer Rechtsanalogie besteht darin, daß bei einer Gesetzesanalogie eine einzelne Vorschrift auf einen nicht geregelten Sachverhalt analog angewandt wird, während bei einer Rechtsanalogie aus mehreren Bestimmungen ein allen Vorschriften enthaltener Rechtsgedanke entnommen und auf einen nicht geregelten Tatbestand übertragen wird.³ Es müßte sich somit aus mehreren Normen ein allgemeines Prinzip der Zulässigkeit von Verfügungen zGD ergeben.

1 Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 1; Geginat 40; Fikentscher § 37 III 2 c; Baur § 5 II; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 74 a; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 110; Wetzel 10, FN 2; MünchKomm-Wacke § 873 RdNr. 28.

2 Lehmann JW 1931, 525; Grünmann 14; Griesche 33; Wetzel 10 FN 3; J. Haas 177 ff; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 110; Fikentscher § 37 III 2 c; Eckhard 21 u. 28; Heilmann ZHR 114, 15, 23; Enneccerus-Lehmann § 34 VU; Wolff-Raiser § 38 II 3; Wesenberg 123; Beneke DRiZ 1929, 147, 148 f; Siber, FS für Sohm 49.

3 vgl. Kümmel 37.

Es gibt zwar einige Vorschriften im BGB, bei denen eine Verfügung vorliegt und ein unbeteiligter Dritter daraus begünstigt wird, etwa die §§ 267, 414 und 423 BGB¹. Die Begünstigung des Dritten ergibt sich bei diesen Normen aber mehr zufällig bzw. als notwendige Folge um eines anderen Zieles willen. Die Vorschriften stellen daher insoweit Ausnahmenvorschriften dar und sind bezüglich der Frage der Zulässigkeit von Verfügungen zGD nicht verallgemeinerungsfähig.² Jedenfalls läßt sich daraus nicht ableiten, daß der Gesetzgeber Verfügungen zGD allgemein als zulässig behandelt wissen wollte. Die Zulässigkeit kann sich demnach nicht aus einer Rechtsanalogie zu den §§ 267, 414 und 423 BGB ergeben.³

III. Zulässigkeit von Verfügungen zGD aus einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB

Die Zulässigkeit von Verfügungen zGD könnte sich aus einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB ergeben.

Wenn bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung einer Forderung ein Interesse besteht, auf die Mitwirkung des Erwerbers zu verzichten, kann der Forderungsübergang gem. § 328 Abs. 1 BGB durch eine Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bewirkt werden. Durch § 328 Abs. 1 BGB könnte der Gesetzgeber den allgemeinen Grund-

1 vgl. dazu J.Haas 42 ff; Hartmann 26 ff.

2 ebenso J.Haas 71; Grünmann 13; Schwela 47; Freitag 24; Eckhardt 16; Beneke DRiZ 1929, 147, 148.

3 so aber: Kümmel 50 F; Kluckhohn 93 ff; Geginat 37 ff; Kersten zitiert bei Freitag 21; wohl auch MünchKomm-Wacke § 873 RdNr.28.

satz zum Ausdruck gebracht haben, daß zu einer Verfügung nicht immer die Zustimmung des Begünstigten erforderlich ist, sondern eine Einigung des Rechtsinhabers mit einer anderen Person zugunsten des Begünstigten ausreicht, wenn der Begünstigte den Rechts-erwerb mit Wirkung ex-tunc zurückweisen kann. Insoweit könnte § 328 Abs. 1 BGB über seinen Wortlaut hinaus auf alle Verfügungen anzuwenden sein.¹ Dann müßte § 328 Abs. 1 BGB eine Regelungslücke enthalten.

1. Regelungslücke des § 328 Abs. 1 BGB

Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Frage im Gesetz bewußt nicht geregelt oder bei Schaffung des Gesetzes einen Umstand unbe-wußt nicht bedacht hat.² Der Gesetzgeber könnte bei Schaffung des BGB nicht bedacht haben, daß der in § 328 Abs. 1 BGB enthaltene Rechtsgedanke auf die an-deren Verfügungen ebenfalls zutreffen könnte.

a. In den Materialien zum BGB lassen sich weder bei den §§ 328 ff BGB noch bei den anderen Verfügungstatbestän- den Ausführungen oder Stellungnahmen finden, aus denen man das Bedenken dieser Frage entnehmen kann. In den Motiven zur Anerkennung eines Erbvertrages zgd heißt es zwar: "..., daß, obschon der Vertrag zu Rechten Dritter nur im Recht der Schuldverhältnisse behandelt ist, die Erwägungen, welche zur Anerkennung eines solchen Ver- trages geführt haben, nicht auf der besonderen Natur

1 Freitag 26; Heemann 26 ff; Westermann SaR § 3 II 4; Schwela 48; Beneke RDIZ 1929, 147,149; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.74.

2 Brox, AT RdNr.63.

des Schuldverhältnisses beruhen."¹ Daraus kann man aber nicht ableiten, daß die Verfasser des BGB die Übertragung des Rechtsgedankens von § 328 Abs. 1 BGB bedacht und durch die Regelung im Schuldrecht und nicht im Allgemeinen Teil des BGB abgelehnt haben. Der Anwendungsbereich des VzGD wurde nur unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung eines Erbvertrages zGD bedacht und die Stellungnahme zeigt gerade, daß den Gesetzesredaktoren die dogmatische Einordnung und der Anwendungsbereich des VzGD nicht bewußt war. Man kann nach den Ausführungen oben² sogar sagen, daß die systematische Einordnung von den Verfassern des BGB bewußt offengelassen wurde.

b. Die Zulässigkeit von Verfügungen zGD könnte jedoch nicht mit dem Grundsatz des "numerus clausus" und des "Typenzwanges" der Verfügungen vereinbar sein, so daß man annehmen könnte, der Gesetzgeber habe eine Erweiterung des Rechtsgedankens aus § 328 Abs. 1 BGB nicht gewollt.³ Der Grundsatz des "numerus clausus" der Verfügungen bedeutet, daß es nur eine Anzahl geschlossene von Zuordnungsrechten gibt, die gesetzlich fixiert sind und nicht durch sog. "Privatschöpfungen" erweitert werden dürfen.⁴ "Typenzwang" beinhaltet demgegenüber, daß der Inhalt der gesetzlich zugelassenen Verfügungen mindestens in den Umrissen zwingend durch das Gesetz festgelegt ist.⁵ Durch diese Grundsätze soll zur Erleichterung des Rechtsverkehrs erreicht werden, daß der Erwerber

1 Mot. V 348.

2 siehe oben S.67.

3 vgl. zum methodischen Vorgehen Larenz, ML 376.

4 Baur § 1 II 2; Westermann SaR § 3 III.

5 vgl. RGZ 142, 373, 375.

des Rechtes keine Erkundigungen über die Art des Rechtes einziehen muß, sondern den Inhalt des erworbenen Rechtes im wesentlichen kennt.¹ Das Erfordernis eines typisierten Inhalts gilt insbesondere für das Sachenrecht, während im Schuldrecht eine größere Gestaltungsfreiheit bleibt.²

Bei einer Anerkennung von Verfügungen zGD wird der Zweck dieser Grundsätze nicht beeinträchtigt. Es wird weder eine neue Berechtigung geschaffen, noch der Inhalt von gesetzlich zugelassenen Berechtigungen verändert. Es geht allein um die Frage, welche Personen an einer rechtsgeschäftlichen Verfügung beteiligt sein müssen, um die Rechtsfolge eintreten zu lassen. Aus diesen Grundsätzen läßt sich somit nicht ableiten, daß eine andere Beteiligung vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.³

c. Der Rechtsgedanke, auf die Beteiligung des Rechtserwerbers zu verzichten, könnte jedoch nur auf die Übertragung einer Forderung oder auf Verfügungen im Schuldrecht zutreffen und daher nicht verallgemeinerungsfähig sein.

1 Baur § 1 II 3.

2 vgl. MünchKomm-Quack, Einl. zum SaR RdNr. 31 (Der Unterschied ist "rein quantitativ").

3 so auch Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr.74. Rosenberg DJZ 1912, Sp.541,543; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 1. Vgl. auch Schwein 35 ff.

Der Normzweck des VzGD besteht darin, zur Erleichterung des Rechtsverkehrs ein Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung ohne Mitwirkung des Begünstigten zu ermöglichen. Die Verfasser des BGB gingen bei Schaffung der §§ 328 ff BGB davon aus, daß in bestimmten Lebenslagen ein solches Interesse besteht. Konkretere Vorstellungen hinsichtlich der Anwendungsfälle hatten die Gesetzesredaktoren nicht; sie wollten die genaue Ausgestaltung der Rechtsentwicklung überlassen. Daher wurde der VzGD auch nicht auf die Versicherungs-, Leibrenten- und Hofübergabeverträge (vgl. § 330 BGB), die damals im Vordergrund standen, beschränkt.¹ Es gibt daher kein typisches Motiv für den Abschluß eines VzGD, genausowenig wie es ein typisches Motiv für einen Abtretungsvertrag gibt.² Daher beruht der in § 328 Abs. 1 BGB enthaltene Rechtsgedanke nicht auf typisch schuldrechtlichen Erwägungen und ist daher verallgemeinerungsfähig.³ Da diese Erweiterung des VzGD nicht bedacht wurde, ist daher eine Regelungslücke gegeben.

1 Prot. I 755.

2 vgl. MünchKomm-Roth § 398 RdNr. 16.

3 Geginat 36; Eckhardt 15; Fleminger 27.

2. Analoge Anwendung des § 328 Abs. 1 BGB

Die Regelungslücke des § 328 Abs. 1 BGB könnte durch analoge Anwendung auszufüllen sein. Um sich nicht an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, muß entsprechend dem Geist des Gesetzes ermittelt werden, wie der Gesetzgeber die Problematik gelöst hätte, wenn er sie bedacht hätte¹. Dabei ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber gleichartige Sachverhalte gleich behandelt hätte. Das gebietet auch schon das Gebot der Gerechtigkeit und der Gleichheitssatz². Es ist somit zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die Zulässigkeit von Verfügungen zGD normiert hätte, wenn er die Problematik erkannt hätte. Die Verfasser des BGB hätten die Zulässigkeit angeordnet, wenn es Sachverhalte gibt, auf die der Rechtsgedanke des § 328 Abs. 1 BGB zutrifft, so daß die Nichtanerkennung von Verfügungen zGD eine Ungleichbehandlung zur Übertragung einer Forderung durch VzGD bedeuten würde.

a. Übertragbarkeit des Rechtsgedankens von § 328 Abs. 1 BGB auf die übrigen Verfügungen

Der Gesetzgeber hat die §§ 328 ff BGB geschaffen, um eine Mitwirkung des neuen Gläubigers zu einem Abtretungsvertrag entbehrlich machen zu können. Es müßte daher, um den Rechtsgedanken übertragen zu können, auch bei den übrigen Verfügungen ein Interesse bestehen, in bestimmten Lebenslagen die Zustimmung des Begünstigten zu ersetzen.

1 Brox, AT RdNr. 63

2 darauf weist zu Recht Larenz, ML 366 ff, 378 hin.

aa. Das Vorhandensein eines solchen Interesses soll an Hand von Beispielen aus der Rechtsprechung bewiesen werden, in denen durch andere Konstruktionen wirtschaftlich die gleiche Wirkung erreicht wird wie mit einer Verfügung zgD.

(1) Im Schuldrecht ist vom Reichsgericht zunächst die Zulässigkeit eines Erlaßvertrages zgD anerkannt worden,¹ dann aber überwiegend abgelehnt worden,² da ein gewöhnlicher VzG des Schuldners geschlossen werden könne, der einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Abschluß eines Erlaßvertrages zum Gegenstand habe. Dieser Anspruch könne später sogar dem Gläubiger einredeweise entgegengehalten werden.³ Durch diese Konstruktion, die als "pactum de non petendo" bezeichnet wird, erreicht man wirtschaftlich eine dem Erlaßvertrag zgD entsprechende Rechtsgestaltung, da der Gläubiger seine Forderung nicht mehr durchsetzen kann.⁴ Aus seiner Sicht ist es gleichgültig, ob er keine Forderung mehr hat oder eine, die er nicht realisieren kann. Diese Auslegung der h.M. wird daher zu Recht "Erlaß minderer Wirkung" genannt. In diesen von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen besteht somit ein Interesse, die Zustimmung des Schuldners zu einem Erlaßvertrag zu ersetzen durch eine Einigung des Gläubigers mit einer anderen Person zugunsten des Schuldners.

1 RGZ 66,126,127; wohl auch RGZ 71,184,187.

2 RGZ 127,126,128 f; RGZ 148,257,262 f; OLG Celle VersR 1970, 541, 542. Offengelassen in BGH JZ 1956, 119,120.

3 BGH JZ 1956,119,120; RGZ 127,126; RGZ 148,257,263.

4 treffend MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr.17: "Es handelt sich vielmehr um einen konstruktiven Ausweg, im Ergebnis zu einem von der Rechtsprechung nicht anerkannten Erlaß oder Verzicht zgD zu gelangen."

(2) Für die Übereignung von Wertpapieren auf den Todesfall gilt dieses entsprechend. Dort wird ebenfalls statt der Übereignung zgD ein Anspruch auf Übereignung zugelassen, der formlos zugewendet werden könne und aus dem Nachlaß zu befriedigen sei.¹ Dadurch wird ebenfalls über die formale Verschaffung eines Anspruchs auf Vollzug der Verfügung eine Rechtsgestaltung erreicht, die wirtschaftlich einer Verfügung zgD entspricht.²

(3) Im Grundstücksrecht erkennt die Rechtsprechung schließlich die Bestellung einer Vormerkung zgD an.³ Da durch eine Vormerkung der Anspruch auf die noch vorzunehmende Verfügung bereits umfassend gesichert wird⁴ und nicht mehr beeinträchtigt werden kann, kann dadurch im Grundstücksrecht wirtschaftlich jede gewünschte Verfügung zgD erreicht werden.

(4) Im Sachenrecht gibt es ferner noch beim Recht der beweglichen Sachen 3 Konstruktionen, die häufig gewählt werden, um einen alsbaldigen Eigentumsübergang auf den am Rechtsgeschäft nicht beteiligten "Hintermann" zu erzielen⁵, und zwar sind das die Vereinbarung eines Besitzkonstitutes i.S. v. § 930 BGB durch vorweggenommene Einigung (antezipiertes Besitzkonstitut) und durch Insichgeschäft und die Eigentumsübertragung durch verdeckte Stellvertretung ("Geschäft, wen es angeht"):

1 BGHZ 41, 95 ff.

2 so auch Ewers 51 f.

3 RGZ 128,246,249; MünchKomm-Wacke § 883 RdNr. 20 mwN.

4 gegen anderweitige Verfügungen nach §§ 883 S.2, 888 BGB, gegen den Konkurs des Vormerkungsschuldners nach §§ 24, 193 S.2 KO, gegen Zwangsvollstreckung anderer Gläubiger nach § 48 ZVG und gegen eine Haftungsbeschränkung des Erben nach § 884 BGB.

5 so Baur § 51 V 5.

(a) Wenn der Veräußerer einer beweglichen Sache, der zur Zeit weder Eigentümer noch Besitzer der Sache ist, das Eigentum zu einem späteren Zeitpunkt, wenn er Eigentümer geworden ist, nicht unter Mitwirkung des Erwerbers übertragen kann, können die Einigung i.S.v. § 929 BGB und die Vereinbarung eines Besitzkonstitutes i.S.v. § 930 BGB schon vorher, antezipiert, erfolgen. Der Veräußerer überträgt dann für den Fall, daß er Eigentümer wird, das Eigentum auf den Erwerber und verpflichtet sich, die Sachherrschaft für den Erwerber auszuüben, wenn er den Besitz erhält.¹ Auch hier zeigt sich das Interesse nach einer Rechtsgestaltung ohne die Zustimmung des Erwerbes zu einem möglichst frühzeitigen Termin.

(b) Übereignung nach §§ 929, 930 BGB durch Insichgeschäft: Hierbei handelt der Eigentümer für sich und gleichzeitig als Vertreter des Erwerbers. Auf diese Weise trifft er eine Einigung i.S.v. § 929 BGB und vereinbart gleichzeitig ein Besitzkonstitut. Soweit die Voraussetzungen des § 181 BGB gegeben sind, erkennt die Rechtsprechung derartige Eigentumsübertragungen an,² wenn nur der Wille, Besitz und Eigentum zu übertragen, nach außen deutlich hervortritt.³

(c) Die Übereignung an den, den es angeht, soll durch ein Beispiel von Baur⁴ in Anlehnung an RGZ 100, 190 ff erläutert werden:

1 vgl. zur Zulässigkeit: RGZ 73,415,418; RGZ 140,223,231; BGH MDR 1958, 509; BGH JZ 1964,130.

2 so z.B. BGHZ 33, 189,194.

3 Erman-A.Schmidt § 930 RdNr. 9.

4 Baur § 51 III 3.

"Der Bräutigam K hat im Auftrag seiner Braut B mit deren Geld bei V Möbel für die künftige eheliche Wohnung gekauft. Er ist dabei nicht als Stellvertreter nach außen hervorgetreten. Es läßt sich auch nicht feststellen, daß er vorher oder nachher (durch antezipiertes oder Insichkonstitut) an B übereignet hat."

In derartigen Fällen erkennt die Rechtsprechung in Durchbrechung des § 164 Abs. 2 BGB einen unmittelbaren Erwerb des Vertretenen an, wenn der Vertreter für den erwerbsbereiten "Hintermann" erwerben will und dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist.¹

Beim "Geschäft, wen es angeht" vermischt die Rechtsprechung häufig dessen Voraussetzungen mit denen des antezipierten und des Insichkonstitutes.² Das zeigt besonders deutlich, daß es allein darum geht, einen Eigentumserwerb des am Rechtsgeschäft nicht Beteiligten zu ermöglichen, die 3 Konstruktionen austauschbar sind und jeweils dann diejenige gewählt wird, die am einfachsten zu dem gewünschten Ergebnis führt. Das wiederum beweist, daß in diesen Fällen ein Interesse besteht, eine Eigentumsübertragung ohne Mitwirkung des Erwerbers zu ermöglichen.

Diese Beispiele aus der Rechtsprechung verdeutlichen, daß generell ein Interesse bei Verfügungen besteht, in bestimmten Lebenslagen auf eine Mitwirkung des Begünstigten zu verzichten. Dieses ergibt sich auch bereits daraus, daß bei allen Verfügungstatbeständen die Problematik von Verfügungen zGD erörtert wird, wobei das

1 RGZ 99,209 f; RGZ 100,190,193; RGZ 109,170 ff; RGZ 140, 229 ff.

2 so z.B. RGZ 99,208,209; RGZ 140,223,229. Darauf weist zu Recht Baur § 51 III 3 hin.

praktische Bedürfnis nie ernstlich bestritten wird. Wenn einmal Bedenken in dieser Hinsicht geäußert werden, dann die, daß die soeben genannten Konstruktionen ausreichen. Die Lösung über diese Konstruktionen, zeigt aber gerade das praktische Bedürfnis.¹ Außerdem könnte man durch die Annahme einer vollmachtlosen Stellvertretung auch den VzGD bezüglich der Übertragung einer Forderung für entbehrlich halten.² Man könnte einen gleichzeitigen VzGD so auslegen, daß der VS ein gewöhnliches Verpflichtungsgeschäft begründet und bezüglich der Übertragung als vollmachtloser Stellvertreter des Dritten handelt; der Dritte brauchte dann nur noch das Rechtsgeschäft zu genehmigen. Der VS will jedoch seine Willenserklärungen nicht als Vertreter abgeben, der vom Rechtsgeschäft nicht betroffen wird, sondern als Vertragspartner. Man würde daher die Willenserklärung umdeuten. Daß der Gesetzgeber eine derartige Umdeutung nicht gewollt hat, hat er durch die Schaffung der §§ 328 ff BGB zum Ausdruck gebracht.³ Daher besteht generell ein Interesse, in bestimmten Lebenslagen auf die Mitwirkung des Begünstigten bei Verfügungen zu verzichten. Der Rechtsgedanke des § 328 Abs. 1 BGB trifft daher auch bei den anderen Verfügungen zu.

1 ebenso Lehmann JW 1931, 525; Freitag 40; ähnlich Bruns 119. Andere wollen aus einzelnen Fällen, die befriedigend nur mit der Annahme einer Verfügung zGD gelöst werden könnten, ein allgemeines Bedürfnis ableiten (so Kümmel 50 f; Fleminger 34; Beneke DRiZ 1929, 147, 149; Schwela 29 u. 65; J. Haas 31). Diese Begründung ist jedoch abzulehnen, da eine analoge Anwendung auf diese Fälle zu beschränken wäre.

2 vgl. auch MünchKomm-Wacke § 873 RdNr. 28.

3 ähnlich Lehmann JW 1931, 525.

bb. Die Übertragbarkeit des § 328 Abs. 1 BGB ergibt sich ferner aus einem Erst-Recht-Schluß:¹ Wenn schon die Übertragung der gesamten Rechtsstellung bezüglich einer Forderung durch VzGD möglich ist, muß erst recht die Übertragung von Teilbefugnissen zulässig sein, also die Belastung der Forderung mit einem Pfandrecht durch VzGD. Beispiel:

Ein Lieferant (VE) ist Inhaber einer Kaufpreisforderung gegen seinen Abnehmer (VS). Der VE bestellt zugunsten eines Dritten, der eine Darlehnsforderung gegen ihn hat, durch Vereinbarung mit dem VS ein Pfandrecht an der Kaufpreisforderung zur Sicherung des Darlehnsanspruchs.

Wenn der VE und der VS die gesamte Kaufpreisforderung auf einen Dritten übertragen können, muß es auch möglich sein, die Forderung nur mit einem Pfandrecht zu belasten.

cc. Daß die Verschaffung eines dinglichen Rechts durch ein Rechtsgeschäft zugunsten eines unbeteiligten Dritten keine Besonderheit darstellt, ergibt sich ferner aus der analogen Anwendung des § 401 BGB bei einem nachträglichen VzGD. Das hat zur Folge, daß mit der Forderung des VE, die durch eine Hypothek, ein Pfandrecht oder eine Vormerkung gesichert ist, auch die genannten akzessorischen Sicherungsrechte mit auf den Dritten übergehen, falls die Forderung durch einen VzGD übertragen wird. Durch diese Möglichkeit kann somit einem Dritten ein dingliches Recht verschafft werden. Da kein sachlicher Unterschied zur erstmaligen Begründung der genannten Rechte besteht, und auch der Charakter der Vormerkung als art-eigenes dingliches Recht kein sachlicher Grund ist, nur die Bestellung einer Vormerkung anzuerkennen, müßte auch die Bestellung dieser Rechte durch VzGD möglich sein.

1 vgl. auch Heilmann KTS 1972, 14, 17 FN 22.

Das an Hand von Beispielen aus der Rechtsprechung aufgezeigte Bedürfnis, der Erst-Recht-Schluß zur Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung und der Vergleich zum Übergang von akzessorischen Sicherungsrechten zeigen, daß es Sachverhalte bei den anderen Verfügungen gibt, auf die der Rechtsgedanke des § 328 Abs. 1 BGB zutrifft. Eine Nichtanerkennung würde daher eine Ungleichbehandlung zur Möglichkeit der Übertragung einer Forderung durch VzGD bedeuten, wenn sich nicht aus den jeweiligen Tatbeständen Unterschiede ergeben, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würden. Ansonsten ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber Verfügungen zGD für zulässig erklärt hätte.

b. Bedenken gegen dingliche Verfügungen zGD wegen des Publizitätserfordernisses

Im Sachenrecht ist im Unterschied zum Schuldrecht zusätzlich zur Einigung ein Publizitätsakt erforderlich, und zwar die Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB) im Grundstücksrecht, die Übergabe bei Verfügungen bezüglich beweglicher Sachen (§§ 929, 1032, 1205 BGB) und die Briefübergabe bei den Grundpfandrechten (§§ 1117, 1154 BGB). Diese Publizitätsakte müßten bei sachenrechtlichen Verfügungen zGD ebenfalls erfüllt sein. Da dazu in aller Regel eine Mitwirkung des Erwerbers notwendig ist, könnte der Anwendungsbereich der dinglichen Verfügungen zGD durch dieses Erfordernis sehr eingeschränkt sein.

aa. Bezüglich der Eintragung im Grundbuch ist jedoch in aller Regel eine Mitwirkung nicht erforderlich, da den Antrag auf Eintragung gem. § 13 Abs. 2 GBO der Veräußerer stellen kann und regelmäßig zur Eintragung die einseitige

Bewilligung des von ihr Betroffenen, also des Verfügenden, gem. § 19 GBO genügt.

Nur im Falle der Auflassung ist gem. § 20 GBO die Einigung, also auch die Zustimmung des Erwerbers, anzuweisen. In dieser Bestimmung kommt zum Ausdruck, daß an der Übereinstimmung zwischen Grundbucheintragung und wahrer Rechtslage ein besonderes Interesse besteht.¹ Dem dient auch der § 925 Abs. 2 BGB, wonach Grundstücksübertragungen nicht unter einer Bedingung oder Befristung vorgenommen werden dürfen. Weil damit ein Schwebezustand nur schwer zu vereinbaren ist und bei Verfügungen zGD wegen des Ablehnungsrechtes ein Schwebezustand eintritt, könnte deswegen und wegen des erforderlichen Nachweises einer Zustimmung des Erwerbers eine Grundstücksübertragung zGD unzulässig sein.²

Unsicherheiten über die Rechtslage kann es auch im Rahmen des § 925 BGB und des § 20 GBO geben, wenn beispielsweise die Grundstücksübertragung durch einen Nichtberechtigten erfolgt und die Wirksamkeit von der Genehmigung des Rechtsinhabers nach § 185 BGB abhängt.³ Die Entscheidung über die Wirksamkeit hängt dabei allein von dem Belieben des Rechtsinhabers ab. Teilweise wird sogar die generelle Zulässigkeit von Rechtsbedingungen gefordert.⁴ Ferner können Willensmängel und andere Unwirksamkeitsgründe das Grundbuch unrichtig machen.

1 Horber § 20 Anm. 1

2 so Geginat 40; Esser-Schmidt, SchR AT I 2, § 36 IV 1; Fikentscher § 37 III 2 c; Baur § 5II; Staudinger-Kaduk vor § 328 RdNr. 74 a; MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 110; Wetzel 10 FN 2; MünchKomm-Wacke § 873 RdNr. 28.

3 BGH NJW 1952, 1330, 1331; Horber § 20 Anm. 3 A c mwN (zu § 20 GBO). Auf diesen Gesichtspunkt wies bereits Kluckhohn 189 hin.

4 so MünchKomm-Kanzleiter § 925 RdNr. 26.

Gegenüber dieser Rechtsunsicherheit ist die, die durch eine Grundstücksübertragung zgD hervorgerufen wird, geringer. Der Eigentümer wird einen Dritten nur dann bedenken und die Kosten und Mühen auf sich nehmen, wenn er sich sicher ist, daß der Dritte die Begünstigung nicht zurückweist. Außerdem wird der Dritte mit der Grundstücksübertragung, die immer einen lediglich rechtlichen Vorteil darstellt, in aller Regel einverstanden sein. Schließlich könnte man die Gefahr für den Rechtsverkehr dadurch ausschließen, daß der Grundbuchbeamte in Abteilung II das Ablehnungsrecht des Erwerbers vermerkt. Gegen eine Grundstücksübertragung zgD bestehen daher keine Bedenken.¹

bb. Bezüglich der Übergabe ist nach dem Gesetz in aller Regel eine Mitwirkung des Erwerbers erforderlich (vgl. § 929 BGB). Gleichwohl kann trotz der fehlenden Mitwirkung des Dritten das Erfordernis der Übergabe bzw. des Übergabesurrogates erfüllt werden.²

(1) Der Dritte kann bereits im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache sein. Dann genügt nach § 929 S. 2 BGB die bloße Einigung.

(2) Die Sache kann vom VE an einen Besitzdiener (§ 855 BGB) oder eine Geheißperson des Dritten übergeben werden. Es sind dann die Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB gegeben.

(3) Ferner kann ein antezipiertes Besitzkonstitut (§ 930 BGB) vorliegen.

1 ebenso Freitag 27 (mit der Begründung, daß § 333 BGB keine Bedingung i.S.v. § 925 Abs. 2 BGB sei); Fleming 32; Kluckhohn 189; wohl auch Westermann, SaR § 3 II 4.

2 darauf wies bereits Rosenberg DJZ 1912, Sp. 541, Sp. 546 hin.

(4) Nach § 931 BGB genügt zudem die "Abtretung" des Herausgabeanspruchs. Mit der "Abtretung" ist die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Anspruchs gemeint, so daß auch die Übertragung des Herausgabeanspruchs durch einen VzGD vom Veräußerer als mittelbarem Besitzer auf den Dritten darunter zu subsumieren ist. Der Gesetzgeber hat infolge seiner fehlenden systematischen Einordnung des VzGD nicht bedacht, daß es neben der Abtretung noch den VzGD als Rechtsgeschäft zur Übertragung einer Forderung gibt. Da bei § 931 BGB ein Besitzerwerb auf Seiten des Begünstigten keine Tatbestandsvoraussetzung ist,¹ genügt somit die dingliche Einigung zGD und ein VzGD bezüglich des Herausgabeanspruchs.

(5) Da für § 929 S. 1 BGB der Erwerb von mittelbarem Besitz ausreichend ist, wenn der Veräußerer nicht unmittelbarer Besitzer ist,² könnte auch insoweit eine Übergabe vorliegen, falls die Verschaffung des mittelbaren Besitzes auf Seiten des Dritten möglich ist (§§ 868, 870 BGB). Beispiel:

Der VE ist Eigentümer eines PKW. Er will das Auto für 1 Jahr an den VS vermieten, aber schon jetzt das Eigentum auf seinen Neffen übertragen. Der VE übergibt dem VS das Auto und sie einigen sich i.S. v. § 929 BGB zugunsten des Neffen und schließen einen Mietvertrag zugunsten des Neffen.

1 MünchKomm-Quack § 931 RdNr. 26.

2 MünchKomm-Quack § 929 RdNr. 119.

Im Beispielsfall liegt eine Einigung i.S. einer Eigentumsübertragung vor und der VE hat seinen mittelbaren Besitz aufgegeben. Daher wäre der Neffe nach § 929 S. 1 BGB Eigentümer geworden, wenn er mittelbarer Besitzer durch den Mietvertrag geworden ist. Da bis auf den Besitzwillen des Neffen die sonstigen Voraussetzungen des § 868 BGB (Besitzmittlungsverhältnis, unmittelbarer Fremdbesitz des VS und Herausgabeanspruch des Dritten) gegeben sind, ist allein fraglich, ob der fehlende Besitzbegründungswille die Annahme eines mittelbaren Besitzes hindert.¹

Das Erfordernis des Besitzbegründungswillens wird aus dem Wesen des Besitzes abgeleitet. Die Sachherrschaft sei "etwas Stärkeres als bloßes unbewußtes und ungewolltes Innehaben" und setze daher einen Herrschaftswillen voraus.² Entscheidender dürfte aber sein, daß der Besitz von bestimmten Sachen nicht aufgedrängt werden darf,³ da an den Herrschaftswillen keine strenge Anforderungen gestellt werden. Das zeigt die Zulassung eines generellen Besitzbegründungswillens⁴ und wird deutlich bei den Fällen der Lieferung unter Eigentumsvorbehalt. Nach h.M. soll der Vorbehaltsverkäufer

1 so Schwela 57; Aberer 14 f. Demgegenüber wird häufig die Verschaffung und Übertragung eines mittelbaren Besitzes in der Literatur anerkannt, teilweise durch die Annahme eines Abtretungsvertrages zgd: Freitag 32; Heemann 41; Bruns 140; Fleminger 30; Maß 20 f; Struck 44; Hinz JuS 1965, 299, 304 FN 59; Weise 28 f; W.Haas 26.

2 vgl. J.Haas 164. AA: Westermann, SaR § 13 I 2.

3 ähnlich Kluckhohn 176 f.

4 Soergel-Mühl § 854 RdNr.8.

mittelbarer Besitzer des Vorbehaltskäufers sein.¹ Dabei wird sich der Wille zur Sachherrschaft beim Vorbehaltskäufer tatsächlich nur in den seltensten Fällen feststellen lassen. Der Vorbehalt des Eigentums wird meistens nur in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart und rein tatsächlich den beteiligten Personen nicht bewußt sein.

Auch sonst wird nicht immer ein Besitzbegründungswille verlangt, so z.B. nicht, wenn die Eltern kraft der elterlichen Gewalt den unmittelbaren Besitz von Sachen des Kindes haben und die Sachherrschaft für das Kind ohne dessen Kenntnis ausüben; das Kind ist dann trotzdem mittelbarer Besitzer.² Daher muß es auch im Hinblick auf den Normzweck des § 328 Abs. 1 BGB genügen, daß der Dritte mittelbaren Besitz durch den Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) zgd oder die Übertragung des Herausgabeanspruchs (§ 870 BGB) durch einen Vzgd erhält.

Selbst wenn man dem nicht folgt, ist es in jedem Fall möglich, die vom VE abgegebenen Willenserklärungen als Insichgeschäft auszulegen, so daß der Dritte durch die Genehmigung den mittelbaren Besitz erhalten kann.³

1 Soergel-Mühl § 854 RdNr. 16 mwN.

2 vgl. Soergel-Mühl § 868 RdNr. 12, 45; RGZ 98, 131, 134.

3 vgl. dazu MünchKomm-Wacke § 868 RdNr. 72.

Demnach kann im Wege eines VzGD die Verschaffung und Übertragung von mittelbarem Besitz das Erfordernis der Übergabe bzw. des Übergabesurrogates erfüllt werden.

cc. Bezüglich der Briefübergabe genügt nach §§ 1117 Abs. 1 S. 2, 1154 BGB auch das Übergabesurrogat der §§ 929 S. 2, 930, 931 BGB, so daß wie bei der Über-eignung beweglicher Sachen dieses Erfordernis in aller Regel erfüllt werden kann.

Ferner kann die Übergabe noch gem. §§ 1117 Abs. 2, 1154 BGB durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Da die Übergabe nur den Sinn hat, den Eigentümer gegen Verfügungen des Gläubigers vor Valutierung zu schützen, was beim Dritten infolge seines Nichtwissens nicht geschehen kann, genügt auch eine Aushändigungsabrede zGD.

Sachenrechtliche Verfügungen zGD sind demnach nicht durch das Publizitätserfordernis beschränkt.

c. Anforderungen an die Rechtsposition des Vertragspartners des Rechtsinhabers

Bislang wurde außerachtgelassen, mit welcher Person sich der Verfügende zugunsten des Erwerbers einigen muß. Bei der Übertragung einer Forderung ist diese Person der Schuldner. Ein Erfordernis der Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner läßt sich jedoch nicht bei allen Verfügungen durchführen, so insbesondere nicht bei den dinglichen Verfügungen. Dort ergibt sich aus der Absolutheit der dinglichen Rechte gerade, daß eine Personenbeziehung außer dem Rechtsinhaber und dem Er-

werber in aller Regel nicht vorhanden ist.¹ Aber auch im Schuldrecht ist eine Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht immer möglich, so wenn der Schuldner begünstigt werden soll, z.B. beim Erlaßvertrag zGD.

Es ist daher fraglich, ob man eine Rechtsposition des Vertragspartners des Rechtsinhabers verlangen soll, die der des VS entspricht. Die Verfügungen zGD könnten dann auf solche Fälle zu beschränken sein, in denen eine solche vergleichbare Rechtsposition vorhanden ist. Ansonsten würde man eine Einigung des Verfügenden mit einer vom Rechtsgeschäft nicht einmal betroffenen Person zugunsten eines Dritten ausreichen lassen. Für die Entscheidung dieser Frage kommt es wesentlich darauf an, weshalb der Gesetzgeber von einer Einigung mit dem Schuldner ausging. Dieses Erfordernis wird verständlich, wenn man bedenkt, daß der Gesetzgeber nur den gleichzeitigen VzGD normiert hat. Beim gleichzeitigen VzGD wird aber die Forderung erstmalig begründet, wozu eine Zustimmung des Schuldners erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat daher nicht die Problematik bedacht, ob bezüglich der Übertragung auch eine Zustimmung des Schuldners notwendig ist. Es liegt daher eine Regelungslücke vor und es ist folglich zu untersuchen, welche Regelung der Gesetzgeber getroffen hätte, wenn er bedacht hätte, daß zur Übertragung eines bestehenden oder künftigen Rechtes auch die Einigung mit einer vom Rechtsgeschäft nicht betroffenen Person ausreichen könnte.

1 das scheint auch das Anliegen von den Autoren zu sein, die gegen eine analoge Anwendung vorbringen, daß die Spaltung der Vertragswirkungen teils in der Person des VE, teils in der Person des Dritten nicht bei allen Verfügungen, insbesondere den sachenrechtlichen, vorliege: Fricke 30; Beneke DRiZ 1929, 147, 148; Siber, FS für Sohm 6 ff. AA: J. Haas 142 f, Kluckhohn 108 f; Schwela 43 ff.

Es ist denkbar, daß der Gesetzgeber gleichwohl eine Einigung mit dem Schuldner verlangt hätte, und zwar deshalb, weil der Schuldner durch den Forderungsübergang u.U. in seiner Rechtsposition berührt wird: "Es können Nachteile hinsichtlich seiner Buchführung entstehen; es kann ihm unangenehm sein, statt des ihm bekannten Gläubigers, auf dessen Entgegenkommen er gegebenenfalls rechnen kann, es nun mit einem ihm unbekannten zu tun zu haben; mitunter ist es ihm vielleicht auch nicht gleichgültig, in wessen Hände die Leistung gelangt."¹ Wegen dieser Beeinträchtigungen könnte der Gesetzgeber eine Zustimmung des Schuldners verlangt haben.

Aus § 399 BGB und den übrigen Vorschriften der §§ 398 ff BGB ergibt sich jedoch, daß eine Mitwirkung des Schuldners zur rechtsgeschäftlichen Übertragung einer Forderung nur dann erforderlich ist, wenn der Forderungsübergang eine Inhaltsänderung bewirkt oder eine Nichtübertragbarkeit vereinbart wurde. Daraus folgt umgekehrt, daß dem Schuldner darüberhinausgehende Unannehmlichkeiten vom Gesetz zugemutet werden.² Die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Schuldners ist daher als nicht schutzwürdig anzusehen, so daß kein Anlaß besteht, eine Mitwirkung des Schuldners zu verlangen. Es genügt daher zur Übertragung einer bestehenden oder künftigen Forderung, daß der Gläubiger sich mit irgendeiner u.U. vom Rechtsgeschäft nicht einmal betroffenen Person zugunsten eines Dritten einigt.

1 so Larenz, SchR AT § 34 II.

2 MünchKomm-Roth § 398 RdNr.3; Larenz, SchR AT § 34 II mwN.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses zeigt sich dann, wenn entsprechend dem Normzweck des § 328 Abs. 1 BGB ein Interesse nach einer Forderungsübertragung ohne Mitwirkung des Begünstigten besteht, kein Fall des § 399 BGB vorliegt und der Schuldner sich aus völlig unverständlichen Gründen weigert, seine Zustimmung zu geben. Bei dieser Interessenslage ist davon auszugehen, daß eine Zustimmung des Schuldners nicht verlangt hätte.

Demnach ist eine Mitwirkung des Schuldners nur beim gleichzeitigen VzGD erforderlich. Beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD genügt die Vereinbarung des Gläubigers mit irgendeiner anderen Person. Insoweit bedarf es nicht einmal einer analogen Anwendung des § 328 Abs. 1 BGB, weil nach dem Wortlaut nur ein Vertrag erforderlich ist, aber nicht festgelegt ist, welches die Vertragsparteien sein müssen.

Da bei den anderen Verfügungen ebenfalls keine Personen vorhanden sind, die außer dem Rechtsinhaber und dem Erwerber ein schutzwürdiges Interesse an der Verfügung haben könnten, genügt zur Verfügung ebenfalls die Einigung des Rechtsinhabers mit irgendeiner anderen Person.

Daher sind die Verfügungen zGD in dieser Form in einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB zulässig.

IV. Zulässigkeit von einseitigen Verfügungen des Rechtsinhabers zugunsten des Erwerbers.

Da bezüglich einer Verfügung die Einigung des Rechtsinhabers mit irgendeiner Person ausreicht, könnte der

Rechtsinhaber auch mit einem nahen Angehörigen oder einem Angestellten eine Einigung zgD herbeiführen. In derartigen Fällen beruht dann jedoch die Verfügung nicht auf dem Willen des Rechtsinhabers und dieser Person, sondern allein auf dem Willen des Rechtsinhabers. Man könnte daher auch auf das Erfordernis der Zustimmung einer anderen Person verzichten und ein einseitiges Rechtsgeschäft des Verfügenden ausreichen lassen. Um dieses Ergebnis auf alle Verfügungen übertragen zu können, müßte es zunächst einmal für die Übertragung einer Forderung gelten. Da § 328 Abs. 1 BGB einen "Vertrag" voraussetzt, kann man die Anerkennung eines einseitigen Rechtsgeschäftes des Gläubigers nur aus einer teleologischen Reduktion des § 328 Abs. 1 BGB ableiten.

1. Teleologische Reduktion des § 328 Abs. 1 BGB bezüglich des Merkmals "Vertrag"

Um eine teleologische Reduktion vornehmen zu können, müßte der Wortlaut zu weit und anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber ihn eingeschränkt hätte, wenn er die Problematik bedacht hätte.¹ Bei § 328 Abs. 1 BGB könnte der Gesetzgeber übersehen haben, daß nicht immer eine Willensübereinstimmung zwischen VE und einer anderen Person erforderlich ist, sondern auch ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE zur Erreichung des Normzwecks ausreichen könnte.

1 Brox, AT RdNr. 67.

a. Entbehrlichkeit eines "Vertrages" beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD

Die Verfasser des BGB haben bei Schaffung der §§ 328 ff BGB nur den gleichzeitigen VzGD bedacht. Weil dabei - zusätzlich zur Rechtsübertragung - die Forderung begründet wird und dazu ein Vertrag erforderlich ist, war es für die Gesetzesredaktoren selbstverständlich, eine zustimmende Willenserklärung des VS zu verlangen. Da beim nachträglichen VzGD der Vorgang der Begründung des Rechts bereits abgeschlossen und beim vorzeitigen VzGD erst später erfolgt und die Forderung auch kraft Gesetzes entstehen kann, trifft bei diesen Arten von VzGD der für die Gesetzesredaktoren entscheidende Gesichtspunkt bezüglich des Tatbestandsmerkmals "Vertrag" nicht zu. Es ist daher insoweit eine Regelungslücke gegeben.

Wie sich aus der Regelung der §§ 398 ff BGB ergibt, kommt es zur Übertragung einer Forderung mit Ausnahme der Fälle des § 399 BGB auf den Willen des Schuldners nicht an. Daher ist eine Zustimmung des VS nicht notwendig. Da auch die Einigung mit einer vom Rechtsgeschäft nicht betroffenen Person eine bloße Formalität darstellt, könnte ein "Vertrag" beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD entbehrlich sein. Das hängt davon ab, ob auch ein einseitiges Rechtsgeschäft dem Normzweck des § 328 Abs. 1 BGB genügt.

Der entscheidende Gesichtspunkt bei Schaffung der §§ 328 ff BGB war weniger, einen Abtretungsvertrag durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zu ersetzen, sondern die Zustimmung des neuen Gläubigers zu einem Abtretungsvertrag entbehrlich machen zu können. Dieser Zweck wird auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE

erreicht. Daher ist beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD ein "Vertrag" entbehrlich.

Das Tatbestandsmerkmal "Vertrag" könnte jedoch aus anderen Gesichtspunkten, insbesondere dem Vertragsprinzip, notwendig sein.

b. Erfordernis eines "Vertrages" aus dem Vertragsprinzip

Die Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes könnte unvereinbar sein mit einem Vertragsprinzip, das aus § 305 BGB abgeleitet wird und für das gesamte Schuldrecht gilt. Danach können Schuldverhältnisse grundsätzlich nur in Gestalt eines Vertrages, aber nicht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft begründet werden.¹ Der innere Grund für diese Regelung war, den Schuldner bezüglich einseitig verpflichtender Schuldversprechen vor Übereilung zu schützen,² und zu verhindern, daß jemandem gegen seinen Willen eine Forderung aufgedrängt wird.³ Da beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD die Begründung der Forderung nach allgemeinen Regeln erfolgt und eine Aufdrängung infolge des Zurückweisungsrechtes (§ 333 BGB) nicht möglich ist, wird der Vertragsgrundsatz hinsichtlich der Begründung einer Forderung nicht beeinträchtigt.

Nach dem Wortlaut des § 305 BGB bedürfen außer der Forderungsbegründung nur noch Inhaltsänderungen eines Vertrages. Da ein Personenwechsel nicht zu einer Inhaltsänderung führt, könnte § 305 BGB der Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes nicht entgegenstehen. Jedoch läßt

1 Larenz, SchR AT § 4.

2 vgl. Mot. II 175.

3 Larenz, SchR AT § 4.

sich aus § 305 BGB wohl mittelbar entnehmen, daß auch für Verfügungen grundsätzlich ein Vertrag erforderlich ist. Daher könnte bei der Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes das Vertragsprinzip verletzt sein.

Für die Hauptanwendungsfälle der einseitigen Rechtsgeschäfte¹, die Gestaltungsrechte, ist ein Unterworfensein unter die Herrschaftsmacht des Berechtigten typisch.² Demgegenüber ist bei Annahme einer einseitigen Verfügung des VE der Wille des Betroffenen, des Dritten, nicht bedeutungslos. Er kann den Rechtserwerb mit Wirkung ex-tunc zurückweisen, so daß noch eine Mitwirkung im weitesten Sinne vorliegt. Außerdem erhält der Dritte einen lediglich rechtlichen Vorteil (vgl. § 107 BGB) und nur deshalb ist auch eine Übertragung ohne seinen Willen möglich. Das Gesetz enthält gewissermaßen eine Vermutung für ein Einverständnis des Begünstigten. Es tritt daher lediglich ein Forderungsübergang ohne den erklärten Willen des neuen Gläubigers ein, aber nicht gegen seinen Willen. In dem vermuteten Einverständnis und dem Zurückweisungsrecht zeigt sich somit deutlich das Vertragsprinzip.³ Dieses wird lediglich im Hinblick auf die fehlende Zustimmung des Erwerbers zu einem bestimmten Termin abgewandelt, stimmt aber mit seinem Grundgedanken überein. Mit dem Vertragsprinzip ist demnach die Annahme einer einseitigen Verfügung des VE vereinbar.

1 so MünchKomm-Söllner § 305 RdNr. 31.

2 vgl. MünchKomm-Söllner § 305 RdNr. 34.

3 ähnlich MünchKomm-Gottwald § 328 RdNr. 1 aE.

c. Erfordernis eines "Vertrages" wegen der Bedingungsfeindlichkeit der einseitigen Rechtsgeschäfte

Nach §§ 328 Abs. 2, 331 BGB kann die Übertragung der Forderung von Bedingungen und Befristungen abhängig gemacht werden. Das müßte auch bei Annahme einer einseitigen Verfügung möglich sein. Dieses könnte nicht mit dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit der einseitigen Rechtsgeschäfte vereinbar sein.

Der genannte Grundsatz beruht darauf, daß bei den einseitigen Rechtsgeschäften, die in den Rechtskreis dritter Personen eingreifen, eine Unsicherheit der Rechtslage, die durch eine Bedingung eintritt, als unzulässig angesehen wird.¹ Da jedoch bei Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes nicht gegen den Willen des Dritten in dessen Rechtskreis eingegriffen wird, liegt kein typisches einseitiges Rechtsgeschäft vor und der Ausgangspunkt des Grundsatzes der Bedingungsfeindlichkeit ist daher nicht gegeben. Daher ergeben sich aus diesem Prinzip keine Bedenken gegen die Anerkennung einer einseitigen Verfügung des VE.

d. Erfordernis eines "Vertrages" aus § 332 BGB

§ 332 BGB gibt eine Auslegungsregel für den Fall, daß im Vertrag zwischen dem VE und dem VS ein Vorbehalt zur einseitigen Änderung des Begünstigten vereinbart wurde. Dann soll die Benennung des Dritten im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen können. Daraus könnte man ableiten, daß zu einer einseitigen Bestimmung

1 Erman-Hefermehl § 158 RdNr. 6.

eines Dritten immer ein vertraglicher Vorbehalt erforderlich ist. Das wäre mit der Annahme einer einseitigen Verfügung unvereinbar.

Aus den Stellungnahmen der 2. Kommission, durch die der § 332 BGB geschaffen wurde, läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß die Gesetzesredaktoren einen vertraglichen Vorbehalt zur einseitigen Bestimmung des Begünstigten forderten. Durch den Vorbehalt sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß das Recht des Dritten ohne einen solchen Vorbehalt unwiderruflich und keine Verfügung darüber mehr möglich wäre.¹ Daß die Gesetzesredaktoren von einem vertraglichen Vorbehalt ausgingen, ergibt sich daraus, daß nur der gleichzeitige VzGD geregelt wurde und dabei eine Zustimmung des VS erforderlich ist. Daher läßt sich aus § 332 BGB nicht das Erfordernis eines vertraglichen Vorbehaltes zu einer einseitigen Bestimmung des Begünstigten ableiten. Daher ergeben sich aus § 332 BGB auch keine Bedenken gegen die Annahme einer einseitigen Verfügung des VE.

e. Erfordernis eines "Vertrages" aus den für Verfügungen geltenden Prinzipien

Da sich durch die Anerkennung eines einseitigen Rechtsgeschäftes nichts am Charakter der Verfügung ändert und einseitige Verfügungen im BGB nur ausnahmsweise vorgesehen sind, könnten sich aus den Prinzipien der Verfügungen Bedenken ergeben.

1 vgl. Prot. I 759 f.

aa. Der Grundsatz des "numerus clausus" der Verfügungen steht dabei nicht entgegen, da durch die Annahme einer einseitigen Verfügung keine neue Berechtigung geschaffen wird, sondern nur das Erfordernis der Einigung abgewandelt wird.

bb. Da Verfügungen die Rechtslage ändern und diese Gestaltung auch für Außenstehende von Bedeutung sein kann, z.B. für Gläubiger des VE, könnte man eine Offenkundigkeit der Verfügung i.S. eines Vertrages fordern.

Bei einer Verfügung durch Insichgeschäft wird ganz allgemein keine größere Publizität verlangt als die, daß das Rechtsgeschäft nach außen erkennbar vorgenommen wird, und zwar muß ein mit den Verhältnissen Vertrauter die Vornahme erkennen können.¹ Da bei einer Verfügung durch Insichgeschäft die gleiche Interessenlage wie bei Anerkennung einer einseitigen Verfügung des VE besteht und die genannten Voraussetzungen eingehalten werden, ist eine ausreichende Offenkundigkeit gegeben. Man könnte zwar eine größere Publizität i.S. einer Empfangsbedürftigkeit verlangen. Eine Abgabe der Willenserklärung gegenüber dem Dritten wäre jedoch nicht mit dem Normzweck der §§ 328 ff BGB vereinbar. Da die Interessen des Schuldners ausreichend über die Schuldnerschutzvorschriften der §§ 404 ff BGB geschützt werden, erscheint auch eine

1 MünchKomm-Thiele § 181 RdNr. 56.

Empfangsbedürftigkeit gegenüber dem VS nicht notwendig.¹

cc. Da für Verfügungen das Prioritätsprinzip gilt und durch die Zulassung einer einseitigen Verfügung die Übertragung einer Forderung erleichtert wird, könnten durch die Anerkennung Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. Da die gleiche Beeinträchtigung auch durch ein Insichgeschäft herbeigeführt werden kann und diese ganz allgemein hingenommen wird, bestehen auch insoweit keine Bedenken.

Die verfügungsrechtlichen Prinzipien stehen demnach der Anerkennung einer einseitigen Verfügung des VE nicht entgegen.

f. Erfordernis eines "Vertrages" aus einem Vergleich zur Abtretung

Nach § 398 BGB ist zur Übertragung einer Forderung eine Einigung zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger erforderlich. Läßt man beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD ein einseitiges Rechtsgeschäft des VE ausreichen, könnte man auch den Abtretungsvertrag i.S. eines einseitigen Rechtsgeschäftes verbunden mit einem Verzicht des neuen Gläubigers auf das Zurückweisungsrecht auslegen. Dann bliebe für § 398 BGB kein Anwendungsbereich mehr.² Um das zu vermeiden, könnte ein Vertrag des VE mit einer anderen Person erforderlich sein.

1 aa wohl RGZ 136, 49,52; RGZ 140, 30,33 ff; RGZ 153,220, 225; RGZ 168,177,186; BGH VersR 1952,178. Weder aus § 332 BGB noch aus den Materialien dazu ergibt sich, daß der Gesetzgeber nur bezüglich der Verfügung von Todes wegen auf einen Zugang der Willenserklärung verzichtet hat. Außerdem bestünde dann ein Wertungswiderspruch zu den §§ 404 ff BGB, den der Gesetzgeber nicht bedenken konnte.
2 siehe dazu bereits oben S. 95 ff.

Da die §§ 398 ff BGB nur für die Fälle geschaffen wurden, bei denen eine Mitwirkung des Erwerbers zu einem Abtretungsvertrag nicht möglich oder praktikabel ist, lassen sich VzGD und Abtretung danach unterscheiden, ob der Erwerber mitwirkt. Dadurch ist eine klare Abgrenzung im Anwendungsbereich möglich. Außerdem handelt es sich um ein Problem der Normenkonkurrenz. Da eine Verdrängung des einen Rechtsinstitutes nicht gewollt ist und beide Institute zum gleichen Ergebnis führen, wäre es nicht nötig, die Voraussetzungen des VzGD so abzuwandeln, daß die Abtretung einen eigenen Anwendungsbereich erhält.

Der Wortlaut des § 328 Abs. 1 BGB ist demnach beim nachträglichen und vorzeitigen VzGD bezüglich des Tatbestandsmerkmals "Vertrag" zu weit. Es ist eine Zustimmung einer anderen Person zum Rechtsgeschäft des VE nicht erforderlich, sondern es genügt eine einseitige Willenserklärung des VE zur Forderungsübertragung. § 328 Abs. 1 BGB ist danach wie folgt zu verstehen: Durch einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers kann eine bestehende, gleichzeitig entstehende oder künftige Forderung mit der Wirkung angeordnet werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

Bedeutung hat diese Auffassung für die Fälle, in denen auf Seiten des Zessionars Willensmängel vorliegen. In diesen Fallkonstellationen ist regelmäßig die Übertragung auf den Zessionar wirksam. Dieser erhält dafür die Befugnis, den Rechtserwerb mit rückwirkender Kraft zurückzuweisen.

2. Anerkennung eines einseitigen Rechtsgeschäftes bei den übrigen Verfügungen

Der so zu verstehende § 328 Abs. 1 BGB könnte auf die anderen Verfügungen zu übertragen sein, so daß ein einseitiges Rechtsgeschäft des Verfügenden zugunsten des Erwerbers ausreicht.

Da bei vielen anderen Verfügungen, insbesondere den sachenrechtlichen, andere Personen außer dem Verfügenden und dem Erwerber vom Rechtsgeschäft nicht betroffen sind und eine Zustimmung bei allen Verfügungen eine bedeutungslose Formalität darstellen würde, ist auch hier davon auszugehen, daß der Gesetzgeber eine einseitige Verfügung für zulässig erklärt hätte, es sei denn es würden sich aus den jeweiligen Verfügungstatbeständen Bedenken ergeben. Weil in der Sache aber kein Unterschied zu Verfügungen durch Insichgeschäft besteht, und diese allgemein für zulässig erachtet werden und auch die Publizitätsakte wie bei einer Einigung mit einer anderen Person eingehalten werden können, sind derartige Bedenken nicht ersichtlich. Daher sind einseitige Verfügungen des Rechtsinhabers zugunsten des Erwerbers in einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB als zulässig anzusehen.¹

Das steht auch damit im Einklang, daß es einen wirklichen Vertrag i.S. eines Miteinanderaushandelns bei den Verfügungen in aller Regel nicht gibt. Da die Verfügungen typisiert und der Anzahl auch beschränkt sind, geht es nur noch darum, ob der Verfügende und der Erwerber das inhaltlich festgelegte Rechtsgeschäft wollen. Die Willenserklärungen beschränken sich somit auf ein "ja" oder "nein".² Wenn wegen des rechtlichen Vorteils von einer Zustimmung des Erwerbers ausgegangen werden kann, die förmliche Einholung aber nicht interessengemäß erscheint, muß es daher genügen, daß der betroffene Rechtsinhaber die Verfügung einseitig anordnet und der Erwerber ein Zurückweisungsrecht erhält.

1 so MünchKomm-Roth § 398 RdNr. 1o.

2 vgl. Zweigert, FS für Max Rheinstein 493, 499 ff.

E. Ergebnis zum 2. Teil:

Die Überprüfung der von der h.M. aus dem originären Rechtserwerb gewonnenen Ergebnisses ergibt somit zusammenfassend folgendes:

1. Richtig ist, daß regelmäßig kein Erbrecht auf einen VzGD i.S. v. § 331 BGB anzuwenden ist. Denn die Verfügung durch den VzGD ist als "Vollzug" i.S. v. § 2301 Abs. 2 BGB anzusehen. Nur dann, wenn der VE zur Zeit seines Todes Inhaber des Anspruchsobjektes ist, ist entgegen der h.M. kein "Vollzug" gegeben und Erbrecht anzuwenden.

2. Unrichtig ist, daß der Schenkungsanfechtung und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch bei einem Lebensversicherungsvertrag nur die gezahlten Prämien unterliegen. Gegenstand der Schenkung ist vielmehr der Anspruch auf die Versicherungssumme, der daher zurückzugewähren bzw. dem Nachlaß hinzuzurechnen ist.

3. Hat der VE sich bei Abschluß des Vertrages vorbehalten, über die Forderung anderweitig zu verfügen, ist entgegen der h.M. kein Widerruf als zusätzliches Tatbestandsmerkmal zu der Verfügung erforderlich. Es ist daher entgegen der h.M. auch eine Belastung der Forderung des Dritten möglich. Bei einem Unterlassen der Aufhebung der Drittbegünstigung gehen somit vom VE bestellte Pfandrechte und Pfändungspfandrechte auf den Dritten mit über.

4. Auch bei einer Pfändung und Verpfändung des Anspruchs aus einem Lebensversicherungsvertrag nach widerruflicher Bezugsbezeichnung ist die Ausübung des Widerrufs keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Zur Pfändung ist daher entgegen der h.M. nur die Pfändung des Anspruchs auf die

Versicherungssumme und nicht die Pfändung und Ausübung des Widerrufs, der auch kein Gestaltungsrecht ist, erforderlich. Die Pfändung umfaßt dann auch das Kündigungsrecht nach § 165 VVG und den Anspruch auf den Rückkaufswert.

5. Entgegen der h.M. ist nach unwiderruflicher Bezugsbezeichnung eine Verpfändung, Abtretung und Änderung der Bezugsbezeichnung möglich, wenn die unwiderrufliche Bezugsbezeichnung unentgeltlich erfolgte und der VE die Verfügung zu eigenen Gunsten trifft. Gläubiger des VE können daher bei unwiderruflicher und unentgeltlicher Bezugsbezeichnung den Anspruch auf die Versicherungssumme pfänden, der auch den Anspruch auf den Rückkaufswert umfaßt.

6. Verfügungsrechtliche VzGD sind in einer Gesetzesanalogie zu § 328 Abs. 1 BGB grundsätzlich zulässig, und zwar sogar derart, daß ein einseitiges Rechtsgeschäft der Verfügenden ausreicht und keine Vereinbarung mit einer anderen Person erforderlich ist.



L e b e n s l a u f

Am 1. Januar 1954 wurde ich als ältester Sohn des kaufmännischen Angestellten Theo Hörstmann und seiner Frau Katharina Hörstmann, geb. Mäkel, in Dinklage (Kreis Vechta) geboren. Mit 6 Jahren wurde ich in die Volksschule, die Kardinal-v.Galen-Schule in Dinklage, eingeschult. Nach dem 4. Schuljahr wechselte ich auf das Gymnasium Antonianum in Vechta, auf dem ich im Mai 1972 das Abitur bestand. Nach Ableistung des 15-monatigen Wehrdienstes in Buxtehude begann ich im Wintersemester 1973/74 das Jurastudium an der WWU Münster.

Am 2. Dezember 1978 bestand ich dann beim Justizprüfungsamt in Hamm die 1. juristische Staatsprüfung. Anfang 1979 begann ich mit der Promotion und war daneben von April 1979 bis Ende Mai 1980 als wissenschaftliche Hilfskraft an der WWU tätig. Seit dem 1.11.1980 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst beim OLG Oldenburg.



